

Les
Associations en participation

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après
sera soutenu le jeudi 29 mai à 1 heure 1/2*

PAR

PIERRE LE COINTE

Licencié ès lettres
Avocat à la Cour d'appel
Ancien secrétaire de la Conférence

Président : M. THALLER
Suffragants { MM. PERCEROU, Professeur
BERNARD, Agrégé

PARIS
IMPRIMERIE LEVÉ

17, RUE CASSETTE

—
1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Les
Associations en participation

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après
sera soutenu le jeudi 29 mai à 1 heure 1/2*

PAR

PIERRE LE COINTE

Licencié ès lettres
Avocat à la Cour d'appel
Ancien secrétaire de la Conférence



Président : M. THALLER
Suffragants { MM. PERCEROU, Professeur
BERNARD, Agrégé

PARIS
IMPRIMERIE LEVÉ

17, RUE CASSETTE

—
1913

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

CHAPITRE PREMIER

Définition et caractères distinctifs de la société en participation.

Les articles 47 à 50 du Code de commerce.

Les seuls textes législatifs qui visent la société en participation sont les articles 47, 48, 49 et 50 du Code de commerce. Leur place est en tête de cette étude et l'extrême brièveté de leurs termes expliquera pourquoi nous ne pourrions presque jamais recourir à eux, lorsqu'il s'agira de prendre parti dans les controverses que nous rencontrerons, touchant la définition et les caractères distinctifs de la société en participation.

« ART. 47. — Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus (1), la loi reconnaît les associations commerciales en participation.

« ART. 48. — Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce ; elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants.

(1) Société en nom collectif, société en commandite et société anonyme.

« ART. 49. — Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

« ART. 50. — Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. »

Tout ce que la loi nous apprend, c'est donc, d'abord, que la participation existe et qu'elle la reconnaît comme un quatrième type de société commerciale, en l'affublant — on ne sait pourquoi — du titre d'association (art. 47); c'est, ensuite, qu'elle laisse aux associés pleine liberté de déterminer l'objet et la forme de la société, ainsi que leurs parts respectives d'intérêt et toutes les clauses de leur contrat (art. 48); c'est qu'aucune publicité ne rendant nécessaire la rédaction d'un acte écrit, l'existence et les clauses du contrat de société se prouvent par tous les moyens (art. 49); c'est, enfin, que les formalités légales prescrites pour les autres sociétés de commerce ne sont pas imposées aux sociétés en participation (art. 50).

Rien de tout cela n'est une définition, rien de tout cela ne nous indique à quelles conditions une société de commerce peut être considérée comme une participation et échapper en conséquence à la législation commune.

Longues hésitations de la jurisprudence sur les caractères distinctifs de la société en participation.

Les formalités habituelles imposées par la loi aux sociétés de commerce sont essentiellement des formalités

de publicité, et leur raison première est dans la personnalité des sociétés; quand naît une personne fictive qui va devenir un sujet de droits et d'obligations, la loi entend que l'existence de cette personne nouvelle et ses qualités principales soient portées à la connaissance du public, dans l'intérêt de la sécurité des transactions. Il y a un rapport certain de cause à effet entre la personnalité des sociétés et la publicité qui leur est imposée; aussi, de ce que les participations sont dispensées de publicité, n'était-il pas difficile d'induire qu'elles sont dépourvues de personnalité. Leur absence de personnalité n'a jamais été mise en doute, mais ce qui n'a été dégagé que par une lente élaboration de la jurisprudence, c'est d'abord que cette absence de personnalité a pour corollaire nécessaire le caractère entièrement occulte de la société, son absolue dissimulation aux tiers, c'est ensuite que ce caractère occulte est le seul caractère véritablement distinctif de la société en participation, le seul sans lequel elle ne puisse être et qui suffise à ce qu'elle soit.

Longtemps, une partie de la pratique judiciaire a attaché une importance primordiale à l'indication de l'article 48 du Code de commerce, disposant que « ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce », et elle a donné à ce texte une interprétation abusive : elle en a conclu que la participation ne pouvait avoir qu'un objet et une durée limités, qu'elle se formait en vue d'une opération déterminée ou de quelques opérations, qu'elle n'était pas ouverte aux entreprises de longue durée, embrassant pour un temps indéterminé toute une

branche de commerce ou d'industrie (1). Cette idée, aujourd'hui condamnée, tendait à pénétrer dans la plupart des manuels de droit, et elle y apparaissait presque toujours illustrée par le même exemple : Supposez, disait-on, que plusieurs personnes se soient réunies pour acheter la cargaison d'un navire et la revendre au détail; elles forment entre elles une société et conviennent de n'en pas donner connaissance aux tiers; l'un des associés traitera, comme s'il agissait dans son seul intérêt, tant avec le vendeur qu'avec les acheteurs futurs, et les participants régleront ensuite leurs comptes entre eux. C'était une esquisse exacte du mécanisme de la participation; l'erreur était de ne pas admettre qu'une société de cette nature pût se former, non plus pour acheter et revendre la cargaison d'un bateau ou de quelques bateaux, mais pour faire, où l'on voudrait et aussi longtemps que l'on voudrait, le commerce de telles ou telles marchandises.

Pendant qu'une fraction de la jurisprudence réduisait ainsi l'objet possible des sociétés en participation, un plus grand nombre de décisions se ralliaient au système qui est devenu la vérité judiciaire. Alors que, par exemple, un arrêt de la Cour de Pau (2) refusait de considérer comme une participation une société, pourtant parfaitement dissimulée aux tiers, parce qu'elle était formée en vue d'une entreprise prolongée : l'exploitation d'une

(1) Metz, 24 nov. 1819; Bordeaux, 5 mai 1829 et 31 août 1831 (S., 32. 2. 19); Grenoble, 9 juill. 1831 (S., 32. 2. 373), et les auteurs cités en note sous Cass., 8 mai 1867 (S., 67. 1. 313).

(2) Cf. Civ.-rej., 8 mai 1867 (S., 67. 1. 313) et la note de M. Moreau, conseiller à la Cour impériale de Paris.

usine d'éclairage par le gaz, d'autres arrêts reconnaissent, au contraire, le caractère de participations à des sociétés constituées pour des affaires sans limitation de durée : l'exploitation d'un établissement de bains (1), d'une mine (2), d'une maison de commission (3), d'une fourniture d'équipements militaires (4), d'un hôtel des Monnaies (5), d'un brevet (6), d'une entreprise de publicité (7), d'un commerce de vins (8), des graines (9), de cocons de soie (10).

La doctrine se divisait, la majorité des auteurs penchant pour ne point limiter l'objet des participations, mais M. Delangle apportant à la thèse adverse l'appui de sa grande autorité (11). La Cour de Cassation, dont la mission était de choisir, ne choisissait pas : elle rejetait tous les pourvois, estimant que les arrêts rendus dans l'un et l'autre sens étaient rendus en fait, et qu'elle devait s'incliner devant la souveraineté des juges du fond. Son erreur, sur ce point, est évidente ; elle l'a, depuis longtemps, reconnue et abandonnée : c'est une question de fait de savoir si une société donnée réunit tels et tels caractères ; mais de savoir si ces caractères sont ou ne

(1) Cf. Civ.-rej., 5 juill. 1825.

(2) Civ.-rej., 30 avril 1828.

(3) Req., 18 juill. 1832 (S., 33. 1. 476).

(4) Civ.-rej., 7 déc. 1836 (S. 37. 1. 650).

(5) Civ.-rej., 8 janv. 1840 (S., 40. 1. 19).

(6) Cass.-civ., 5 mai 1858 (S. 59. 1. 223).

(7) Req., 4 déc. 1860 (S. 62. 1. 575).

(8) Civ.-Cas., 4 juin 1860 (S., 61. 1. 75).

(9) Req., 23 févr. 1864 (S., 64. 1. 63).

(10) Req., 13 avril 1864 (S., 64. 1. 173).

(11) DELANGLE, *Traité des sociétés commerciales*, t. I, n. 211 et suiv. ; t. II, n. 606 et suiv.

sont pas distinctifs d'un type de société, c'est de toute certitude une question de droit.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 21 mars 1876.

La Cour de Cassation s'est rendue à cette certitude, et s'est décidée à jouer son rôle de régulatrice de la jurisprudence dans son arrêt de cassation du 21 mars 1876 (1). La question ne se posait pas, en l'espèce, sous la forme où nous venons de la poser ; mais la Cour suprême a formulé dans cet arrêt une définition de la société en participation, où il n'est fait aucune mention de la nécessité d'un objet temporaire et limité ; elle a reproduit textuellement cette définition dans un arrêt postérieur, du 26 août 1879 (2) ; elle s'y est toujours tenue depuis lors, et l'unanimité de la jurisprudence y est aujourd'hui ralliée (3).

Voici la formule de l'arrêt du 21 mars 1876 :

« Attendu que l'association en participation, instituée sans publicité et sans raison sociale, n'a pas une personnalité distincte de celle des participants ; que ceux-ci opèrent individuellement en leur propre nom, sauf plus tard le compte des profits et pertes qu'ils ont à se rendre entre eux ; qu'il suit de là que les tiers qui ont contracté avec l'un des participants, dont ils sont demeurés créanciers, n'ayant aucun compte à demander, de leur chef, aux autres participants, dont ils n'ont pas suivi la foi, et auxquels ne les rattache aucun lien de droit, ne

(1) Cf. *Journ. Pal.*, 79, p. 1191.

(2) Cf. *Journ. Pal.*, *ibid.*

(3) Cf. notamment Douai, 28 juill. 1906 (*J. S.*, 1907, p. 434).

peuvent prétendre à aucune action directe, et à plus forte raison à aucune action solidaire, contre les autres participants, alors même que ceux-ci auraient profité de l'opération » (1).

Le parti ainsi adopté par notre jurisprudence s'est ressenti de l'influence exercée par le Code de commerce du Zollverein allemand : dans le droit allemand, c'est le caractère occulte de la société en participation qui était considéré comme son seul caractère distinctif; on appelait cette société « *Stillgesellschaft* », c'est-à-dire société silencieuse, société tacite. Ni le mot ni la chose n'ont, d'ailleurs, été changés par le Code de commerce de l'Empire allemand, promulgué le 10 mai 1897, et mis en vigueur le 1^{er} janvier 1901 (*Code de commerce allemand*, livre II, titre V, art. 335 à 342). Dans le droit anglais aussi l'idée est la même : le participant est qualifié de « *Sleeping partner* », « associé dormeur ».

Mécanisme et avantages de la société en participation.

Le mécanisme de la société en participation est expliqué d'une façon très précise par l'arrêt ci-dessus rapporté de la Cour de cassation : un certain nombre de personnes con-

(1) La presque unanimité de la doctrine a adopté cette définition : (Cf. THALLER, *Précis de droit commercial*, 4^e édit., n. 476, p. 268; LYON-CAEN et RENAULT, *Précis de droit commercial*, t. I, n. 522; BOISTEL, *Id.*, n. 367; RIVIÈRE, *Répétitions écr. sur le Code de commerce*, p. 149; LAURIN, *Cours élémentaire de droit commercial*, n. 527; RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime*, t. VI, v^o *Société en participation*, n. 32; PONT, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, n. 1803 et 1827; VAVASSEUR, *Id.*, 6^e éd. t. I, n. 248; ROUSSEAU, *Des sociétés commerciales*, t. II, p. 139 et s.; POULLE, *Associations en participation*, n. 54 et suiv.

cluent un contrat de société ; elles mettent en commun des capitaux, en vue de réaliser des bénéfices qu'elles se partageront. Mais elles ne veulent pas être ostensiblement dans l'affaire, elles ne veulent pas y mêler leur nom et y risquer leur crédit. Leur contrat restera donc un secret entre elles : il ne sera pas porté à la connaissance du public, ceux qui traiteront avec leur société n'en sauront rien, et croiront ne traiter qu'avec un individu. Cet individu, c'est le gérant de la société, le seul des associés qui s'engage dans l'entreprise personnellement et sur tous ses biens. Les tiers n'ont à faire qu'à lui, ne connaissent que lui ; il peut seul les poursuivre (1), il peut seul également être poursuivi par eux. Le contrat de société ne joue qu'entre ceux qui l'ont conclu : à la fin de chaque exercice, ils doivent recevoir leur part de bénéfices et supporter leur part de pertes dans les proportions fixées par le contrat. Ils ont sur les actes du gérant un droit de contrôle, dont ils règlent l'étendue et l'exercice comme ils l'entendent, pourvu que les tiers l'ignorent.

La participation est, en somme, une commandite perfectionnée, perfectionnée au point de vue de la sécurité de l'associé qui ne veut pas s'engager sur l'ensemble de son patrimoine : il ne se contente pas de limiter son obligation à une somme déterminée, il soustrait aux tiers sa personne même et son nom ; il est, de leur part, à l'abri de toute poursuite directe, ne devant de comptes qu'à ses coassociés. Il y gagne quant à sa tranquillité matérielle ;

(1) Paris, 16 juin 1910 (J. S., 1911, p, 429) : cet arrêt déclare irrecevabla une instance engagée, dans l'intérêt d'une participation, par un associé non gérant.

il y gagne, en outre, de ne pas se joindre ostensiblement à une opération où il peut craindre de compromettre plus ou moins soit son crédit commercial, soit son prestige personnel. C'est d'ailleurs sous cette forme, en quelque sorte plus complète, que la commandite était organisée dans notre ancien droit (1).

La liberté la plus entière étant, d'autre part, reconnue désormais aux sociétés en participation quant à leur objet, il semble qu'elles soient appelées à rendre dans la pratique de très fréquents services. En fait, nous le verrons (2), ce n'est pas pour leur donner leur véritable rôle qu'on a le plus souvent usé d'elles.

La propriété des apports.

La participation, étant une société, doit réunir les trois éléments nécessaires de toute société : des apports effectués par chaque associé, la participation de chacun aux bénéfices et aux pertes, et enfin, chez chacun, *l'affectio societatis*.

Dans les sociétés personnes morales, les apports cessent d'être la propriété des associés qui les font, pour devenir celle de la société ; dans la participation, il n'y a pas de personnalité sociale qui puisse les recevoir : aussi restent-ils la propriété des associés ; il arrive que ceux-ci

(1) Cf. PIC, *Des sociétés commerciales*, t. I, n. 96 et suiv., 503 et 504 ; *Annales de droit commercial*, 1895, p. 40 et suiv., 49 et suiv., et 1897, p. 29 et suiv., les études du regretté professeur Saleilles, sur l'histoire de la commandite ; GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, Introduction, p. xxvi et suiv., LXVI et suiv., et t. I, n. 238 et suiv.

(2) Cf. *infra*, chap. III.

s'en dessaisissent matériellement, mais, en règle générale, ils en demeurent propriétaires : ils les promettent, les engagent, peuvent les déposer ; ils n'en transfèrent pas la propriété (1). Il est permis de stipuler dans le contrat que les apports deviendront la propriété du gérant : cette transmission, qui est chez nous l'exception, est chez les Allemands la règle, et une règle à laquelle la convention des parties ne peut pas déroger (Code de commerce allemand, art. 335).

La Cour de Paris, jugeant correctionnellement, a fait une application bien frappante de cette règle que, sauf convention contraire, chaque participant conserve la propriété de son apport.

Un sieur G... du J... avait apporté la propriété d'un certain nombre de publications religieuses dans une participation dont il avait pris l'initiative, et dont il était devenu le gérant ; il vendit ces publications à un tiers ; il privait ainsi la société de son objet, et rendait son fonctionnement impossible ; d'autre part, il se déroba à toute reddition de comptes. Ces comptes, les participants avaient le droit certain de les lui réclamer judiciaire-

(1) Req., 27 juin 1893 (S. 94. 1. 25) ; 18 juill. 1879 (S., 81. 1. 317) ; Paris, 5 juill. 1892 (*Gaz. trib.*, 19 août 1892) ; Req., 13 avril 1864 (S., 64. 1. 173) ; 22 déc. 1874 (S., 75. 1. 214) et les renvois ; ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, t. I, n. 408 et suiv. ; BRAVARD-VÉYRIÈRE et DEMANGEAT, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 368, 369 ; THALLER, *Précis de droit commercial*, 4^e édit., n. 480, 481, p. 271 ; LYON-CAEN et RENAULT, *Id.*, t. I, n. 528 ; BOISTEL, *Id.*, n. 366 ; RIVIÈRE, *Répétitions écr. sur le Code de commerce*, p. 151 ; RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime*, t. VI, v^o *Société en participation*, n. 57 et suiv. ; BÉDARRIDE, *Des sociétés*, t. II, n. 444 ; ROUSSEAU, *Des sociétés commerciales*, t. II, p. 156 et suiv. ; POULLE, *Associations en participation*, n. 153 et suiv.

ment; ils avaient le droit non moins certain de lui demander des dommages-intérêts, pour la faute lourde qu'il avait commise à leur préjudice, en faisant disparaître à leur insu l'objet de la société. Mais ils voulurent une sanction plus rude, et soutinrent que le gérant infidèle s'était rendu coupable du délit d'abus de confiance, en détournant des valeurs qui étaient leur propriété, et qu'ils ne lui avaient remises que pour un emploi déterminé. Le tribunal correctionnel de la Seine les avait suivis dans cette voie; la Cour d'appel infirma, en constatant que le prévenu, resté propriétaire de son apport, n'avait fait que disposer de choses lui appartenant (1).

Participation aux bénéfices et aux pertes.

Dans la participation, comme dans toute autre société, le droit français exige qu'aucun associé ne soit entièrement exclu des bénéfices, qu'aucun non plus ne soit entièrement exonéré des pertes (C. civ. art. 1855). Sur ce point encore, le droit allemand se sépare du nôtre: il n'admet point que « l'associé tacite » ne participe pas aux gains; mais il admet que l'acte de société le soustraie totalement aux pertes (Code de commerce allemand, art. 336). C'est alors une sorte de contrat d'assurance de l'apport qui vient se superposer au contrat de société: dans la conception française du contrat de société, ce contrat annexe apparaîtrait comme le dénaturant dans son essence même.

(1) Paris, 9 janvier 1907 (*Le Droit*, 31 mai 1907). — Cf. sur « la condition juridique de l'apport dans l'association en participation », un article de M. Bonneau, dans les *Annales de droit commercial*, 1908, p. 5.

L'affectio societatis.

Enfin, pour qu'une participation existe, il faut que ses membres, de même que ceux d'une société quelconque, aient eu l'intention de s'associer, et non pas d'établir entre eux d'autres relations juridiques. Nous aurons à étudier les signes qui permettent de reconnaître, dans les cas douteux, l'existence de l'*affectio societatis* (1).

Capacité des contractants, validité de leur consentement, objet licite. La participation entre époux est nulle.

La formation de la société en participation est soumise au droit commun du contrat de société, ou, plus exactement, au droit commun des contrats en général, en ce sens que, pour être valable, la convention doit être intervenue entre des parties capables de s'obliger, que leur consentement ne doit être entaché ni de dol, ni d'erreur, ni de violence, et qu'enfin, l'objet de la société : la production de bénéfices à répartir entre ses membres, doit être poursuivi au moyen d'opérations qui ne soient contraires ni à la loi ni aux bonnes mœurs.

La capacité requise des parties sera plus ou moins complète, selon l'étendue des engagements qu'il s'agira de prendre : si les participants, dans leurs rapports entre eux, doivent supporter leur part de dettes *in infinitum*, sur l'ensemble de leur patrimoine, il leur faudra la capacité pleine et entière de s'obliger ; si, au contraire, leur

(1) Cf. *infra*, chap. II.

situation est assimilable à celle des commanditaires, il leur suffira d'être habilités à faire le commerce (1). C'est pour les mineurs émancipés et pour les femmes mariées autorisées à faire le commerce que cette distinction présente un intérêt pratique ; lorsqu'ils voudront être gérants d'une participation, c'est-à-dire s'adjoindre des bailleurs de fonds dans le commerce qu'ils ont permission d'exercer, ou lorsqu'ils voudront faire dans l'affaire commerciale d'un autre un placement limité, ils n'auront pas besoin d'une autorisation spéciale ; mais, lorsqu'ils voudront s'engager sur tous leurs biens dans l'entreprise d'autrui, l'opération, qu'elle soit occulte ou publique, présente des risques trop graves pour qu'ils puissent l'aborder sans autorisation spéciale.

En ce qui concerne le contrat de société, la capacité des parties est frappée par la jurisprudence d'une restriction spéciale ; le contrat de société ne peut pas se former valablement entre époux ; le seul fait du mariage entre deux personnes précédemment associées suffit à entraîner la rupture du contrat de société. Cette interdiction s'applique à la participation, de même qu'aux autres sociétés ; formée entre époux, elle est nulle, et doit être liquidée comme une simple société de fait (2).

Notons, au passage, que, si la nullité des sociétés entre époux est une règle constante en jurisprudence, la grande majorité de la doctrine soutient un système contraire. Elle estime que la rigueur des tribunaux porte une atteinte,

(1) Cf. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. II, n. 76 et 470 ; DECHÉZELLE, *Associations en participation*. Thèse Paris, 1893.

(2) Req., 27 juin 1893, précité (S. 94. 1. 25 ; D. P., 93. 1. 488).

que rien ne justifie, au principe de la liberté des conventions (1). La jurisprudence appuie ses décisions sur un triple argument: l'établissement d'une société entre époux serait un moyen détourné de faire échec à l'immutabilité des conventions matrimoniales; il créerait entre les époux un état d'égalité incompatible avec l'autorité maritale; il leur permettrait enfin de se consentir des libéralités déguisées, auxquelles ils parviendraient ainsi à donner le caractère irrévocable que la loi défend. La doctrine répond qu'en ce qui concerne l'autorité maritale, le Code de commerce ne la connaît plus, lorsqu'il s'agit d'une femme investie régulièrement de la qualité de commerçante: pour la femme commerçante, tout au moins, l'argument ne porte donc pas. Quant aux libéralités déguisées, il va de soi que, si une société apparaît, en fait, comme ayant été constituée entre époux pour tourner l'interdiction des libéralités irrévocables, elle devra être annulée; *fraus omnia corrumpit*; mais pourquoi préjuger la fraude, et la frapper sans s'être assuré qu'elle existe? Reste l'immutabilité des conventions matrimoniales: « Il n'y a pas de dérogation au régime conventionnel des biens des époux, écrit M. le professeur Planiol (2), car l'actif social n'est ni commun, ni propre: il est la propriété d'une tierce personne, la société; il se crée un patrimoine distinct des leurs, et qui ne peut être soumis à leur régime matrimonial. Ceci

(1) Cf. autorités citées par M. de Chazettes de Bargues (*Les contrats permis entre époux*. Thèse, Paris, 1900, p. 100 et suiv.): Thaller, Lyon-Caen et Renault, Vavasseur, Pont, Labbé, Laurent.

(2) *Revue critique*, 1888, p. 273 (cité par M. de Chazettes de Bargues, dans la thèse sus-indiquée).

exclut jusqu'à la possibilité d'une violation du contrat de mariage ; les biens sociaux lui échappent, quand les deux époux s'associent, comme ils lui échapperaient si chacun d'eux se mettait en société avec un tiers. »

Le raisonnement, parfaitement juste, de l'éminent professeur a pour point de départ l'idée de la personnalité des sociétés ; il ne s'applique donc qu'aux sociétés pourvues de la personnalité morale ; il ne saurait couvrir les sociétés en participation. Cette dernière forme de société semble devoir, en tout état de cause, rester interdite aux époux ; en effet, la société ne fait pas naître alors une personnalité distincte des leurs ; elle crée seulement entre leurs deux personnes des rapports contractuels nouveaux, différents de ceux qu'à fixés le régime matrimonial ; et ces rapports nouveaux ne seraient pas portés à la connaissance des tiers, puisque les sociétés sans personnalité ne sont astreintes à aucune publicité. C'est précisément ce que la loi a entendu défendre.

*Absence de raison sociale, de siège social,
de fonds social.*

Si la participation doit réunir, pour être valable, tous les éléments constitutifs du contrat de société, il lui manque un des caractères habituels des sociétés de commerce ; c'est, nous l'avons vu, la personnalité ; elle crée des rapports contractuels entre individus, elle ne donne pas naissance à une personne nouvelle, distincte de leurs personnes (1). Il en résulte qu'elle n'a jamais de raison

(1) Cf. Req., 10 déc. 1895 (S. et P., 99. 4. 518) et la note.

sociale : la raison sociale (ou, dans les sociétés anonymes, la dénomination de la société) sert précisément à désigner aux yeux des tiers la personne distincte que constitue une société de commerce ordinaire ; l'existence d'une raison sociale est incompatible avec le caractère occulte de la participation.

Il en est de même d'un siège social : il est impossible de fixer un domicile à une personnalité qui n'existe pas. Rien n'empêche les associés de choisir un lieu où se tiendront toutes leurs réunions, et même de le déclarer attributif de juridiction pour les difficultés pouvant s'élever entre eux (1) ; ce lieu ne sera pas un domicile social ; il abritera une réunion périodique d'individus, non une personnalité collective, puisqu'il n'y en a point.

Enfin, la participation ne peut pas avoir de fonds social : les associés font bien, nécessairement, des apports ; mais ou bien — et c'est la règle générale — ils n'en transfèrent pas la propriété, ou bien ils la transfèrent au gérant : en aucun cas ils ne constituent de propriété collective, puisque aucune personne collective ne se forme pour en devenir titulaire (2).

Ce sont là des conséquences directes du caractère distinctif de la société en participation ; on ne saurait y échapper : quand on donne le nom de participation à une société que l'on pourvoit d'une raison sociale et d'un siège social, on lui donne un faux nom. Il appartient aux tribunaux de lui rendre son véritable titre, avec les conséquences qu'il entraîne, notamment les obligations

(1) Cass., 6 mars 1877 (S., 77. 1. 253).

(2) THALLER, *Précis de droit commercial*, 4^e édit., n. 479, p. 270.

de publicité, qui sont le plus souvent celles qu'on a cherché à éluder en se couvrant d'une dénomination usurpée (1).

L'existence et les clauses du contrat de société se prouvent par tous les moyens.

En matière ordinaire de sociétés de commerce, la rédaction d'un acte écrit est obligatoire : elle est le support nécessaire de la publicité, sans laquelle il n'est point de société valable. Pour la participation, le motif disparaît ; l'exigence disparaît aussi : il n'y a pas de raison de traiter le contrat de société en participation autrement que l'ensemble des contrats commerciaux, il bénéficie donc de la même liberté au point de vue de la preuve ; il peut être constaté « par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale », dit l'article 49 du Code du commerce, confirmant ainsi une liberté que le droit commun eût suffi à établir. L'existence d'une société en participation et toutes les clauses de la convention, toutes les modalités que les parties ont entendu apporter à leur accord, peuvent, conformément à la règle générale des débats commerciaux, être prou-

(1) Cf. Lyon, 21 déc. 1883 (D. P., 86. 2. 413) ; Trib. comm. Seine, 16 déc. 1901 (*Ann. dr. comm.*, 1902, p. 97) et 10 mars 1904 (*Gaz. Pal.*, 29 avril 1904) ; Trib.-civ. Seine, 18 déc. 1885 (R. S., 1886, p. 461) ; Bordeaux, 17 nov. 1897 (J. S., 1898, p. 311) ; Trib.-civ. Seine, 15 mars 1906 (J. S., 1907, p. 78) ; Lyon, 28 févr. 1907 (*Gaz. comm. Lyon*, 10 avril 1907) ; Req., 9 avril 1910 (J. S., 1910, p. 514) ; Trib. comm. Lyon, 16 déc. 1910 (J. S., 1911, p. 516) ; Cf. *infra*, chap. III.

vées par tous les moyens. La pratique judiciaire a fréquemment appliqué ce principe incontestable (1).

La société en participation et la faillite.

Une société en participation ne peut pas être déclarée en faillite : comment cesserait-elle ses paiements, puisque, n'ayant pas d'existence propre, ce n'est pas elle qui les fait? Le gérant seul fait des paiements, et peut les cesser ; le gérant seul a des créanciers, susceptibles de former une masse : on ne conçoit pas une masse de créanciers d'une société en participation : celle-ci, dépourvue de personnalité, n'a jamais été capable de contracter des dettes (2).

Le gérant seul peut se trouver en état de cessation de paiements, et être déclaré en faillite ; sa mise en faillite obligera souvent la participation à se dissoudre, soit parce que les statuts l'auront dit, soit parce que la force des choses l'imposera ; en effet, dans la plupart des cas, s'il est en apparence le seul intéressé aux affaires sociales, il y est bien en réalité le principal intéressé, et la continuation de la société avec un autre gérant n'est pas possible (3). Quoi qu'il en soit, et que le gérant puisse ou non être remplacé dans ses fonctions, sa mise en faillite fait nécessairement cesser lesdites fonctions ; les affaires

(1) Cf. Rennes, 29 avril 1881, sous Civ.-rej., 1^{er} août 1883 (D. P., 84. 1. 357) ; Req., 29 avril 1890 (D. P., 92. 1. 10) ; Req., 8 janv. 1906 (D. P., 1906. 1. 263) ; Paris, 9 janv. 1907, précité (*Le Droit*, 31 mai 1907).

(2) Cf. THALLER, *Précis de droit commercial*, 4^e édit., n. 477, p. 269 ; PIC, *Des sociétés commerciales*, n. 172 ; Cass., 23 févr. 1864 (D. P., 64. 1. 136) ; Poitiers, 22 déc. 1887 (S., 88. 2. 1, et la note de M. Lyon-Caen) ; Paris, 4 mars 1891 (D. P., 92. 2. 281, et la note de M. Pic).

(3) Cf. *infra*, chap. VI.

sociales et ses affaires personnelles se confondent aux yeux des tiers ; il ne saurait rester à la tête des unes, alors qu'il est dépossédé de la direction des autres. Les créanciers avec lesquels il a traité pour le compte de la participation n'ont suivi que sa foi à lui ; ils entrent dans la même masse que ses véritables créanciers personnels ; la seule répercussion qu'aura l'existence de la société sur les opérations de la faillite, c'est que, si les comptes sociaux laissent les participants créanciers du gérant, ils produiront à la faillite pour le montant de leurs créances respectives ; si, au contraire, c'est le gérant qui est leur créancier, le syndic poursuivra contre chacun d'eux le recouvrement des sommes dont il reste débiteur.

Quant à la faillite de l'un des participants, elle n'entraînera la dissolution de la société que si les statuts en ont ainsi décidé, et ce ne sera pas le cas le plus fréquent (1). Que la société soit ou non dissoute, le syndic de la faillite recouvrera les créances de l'associé failli, s'il en existe, contre ses coparticipants et contre le gérant ; inversement, ceux-ci produiront à la faillite, si les comptes sociaux les laissent créanciers du participant failli.

(1) Cf. *infra*, chap. v.

CHAPITRE II

La participation est une société.

(Elle ne doit pas être confondue avec la stipulation de participation aux bénéfices adjointe à un autre contrat : prêt, louage de travail, etc.)

La société en participation est une société occulte, ignorée des tiers qui croient traiter avec un particulier isolé, le gérant de la participation, seul responsable vis-à-vis d'eux. C'est là, nous l'avons vu, le caractère spécifique qui la distingue des autres sociétés ; et c'est de lui que découlent toutes les différences qui séparent son régime du régime normal des sociétés de commerce.

Société occulte, mais société : le contrat qui lie les associés est ignoré des tiers ; mais, quant aux rapports des associés entre eux, il doit réunir les éléments essentiels du contrat de société : un apport fait par chacun, la participation de tous aux bénéfices, la participation de tous aux pertes ; il doit avoir l'objet nécessaire de tout contrat de société : la production, au moyen de la mise en commun des apports, de bénéfices à partager entre les associés. En donnant aux sociétés en participation le titre d'associations, les rédacteurs du Code de commerce leur ont appliqué une fausse étiquette.

L'absence de personnalité éloigne la participation des

autres types de sociétés commerciales, et la rapproche, au contraire, des associations ; mais il est certain que le criterium n'est pas là ; la personnalité n'est nullement de l'essence de la société, et le défaut de personnalité n'est pas davantage de l'essence de l'association ; dès avant la loi de 1901, toutes les associations reconnues d'utilité publique étaient des personnes morales. Le criterium est dans l'objet : un groupement dont l'objet est la production de bénéfices à répartir entre ses membres est une société, quelles que soient par ailleurs les modalités de sa constitution ; un groupement ayant n'importe quel autre objet est une association, y eût-il même en jeu un intérêt pécuniaire, si cet intérêt pécuniaire ne consiste pas dans la production directe de bénéfices à partager. Les participations sont formées pour réaliser et pour répartir des bénéfices : elles sont des sociétés ; aussi bien n'ont-elles jamais été soumises au régime restrictif qui, jusqu'en 1901, pesait sur les associations (1).

Ce principe certain, que la participation est une société, rend théoriquement la distinction très facile entre elle et la simple participation aux bénéfices, figurant comme stipulation accessoire dans un contrat autre que le contrat de société. Il arrive qu'un prêteur d'argent se fasse allouer, à la place d'un intérêt fixe ou à côté de lui, un certain pourcentage sur les bénéfices de son débiteur :

(1) Cf. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^e édit., n. 224 et suiv. ; PIC, *Des sociétés commerciales*, t. I, n. 2 et suiv. ; Rép. FUZIER HERMAN, v^o *Société en général*, n. 43 et suiv. ; BERTHÉLEMY, *Droit administratif*, 4^e édit., p. 299 et suiv. ; HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^e édit., p. 105 et suiv. ; DUGUIT, *Droit constitutionnel*, 1907, p. 621 et suiv.

c'est une combinaison parfaitement licite, la libération du taux de l'intérêt commercial réalisée par la loi du 12 janvier 1886 ne permet pas de le discuter; c'est une combinaison qui tend à devenir fréquente, car elle a pour le créancier l'avantage de lui donner sa part dans les succès de l'entreprise qu'il subventionne, et pour le débiteur celui de proportionner, au moins dans une certaine mesure, ses charges à ses profits.

Il arrive aussi qu'un employeur distribue à ses employés, outre un salaire fixe, une certaine portion de ses bénéfices; à la vérité, cela n'arrive pas souvent, et les espérances de pacification sociale qu'on avait fondées sur ce système sont, jusqu'à présent, restées des espérances, ce qui ne veut pas dire d'ailleurs qu'elles doivent être découragées.

Il arrive encore qu'un locateur de chose stipule, outre un loyer fixe ou à sa place, une part dans les bénéfices que son locataire tirera de la chose louée; c'est le vieux contrat de métayage. On a même vu appliquer une combinaison de ce genre à la location d'une usine (1).

Si la distinction théorique est facile entre ces diverses combinaisons et la société en participation, la distinction pratique l'est beaucoup moins; le prêt surtout rend possibles des confusions que, dans des espèces nombreuses, les tribunaux ont eu quelque peine à dissiper. L'examen du contrat passé par un bailleur de fonds laisse souvent obscure la question de savoir si l'on est en présence d'un prêteur d'argent percevant ses intérêts ou d'un associé

(1) Trib.-civ. Cusset, 16 janv. 1868, sous Req., 9 nov. 1869 (D. P., 70. 1. 213).

percevant sa part. Deux raisons contribuent généralement à créer cette obscurité.

1° D'abord, les libertés parallèles que la loi accorde au contrat de prêt et au contrat de société : un prêteur, nous venons de le voir, peut stipuler, à côté d'un intérêt fixe, une part dans les bénéfices ; à l'inverse, un associé peut se voir allouer, à côté de sa part de bénéfices, un intérêt fixe de l'argent qu'il a apporté, pourvu qu'il n'aille pas jusqu'à être, en fait, affranchi de toute participation aux pertes. Si bien que deux combinaisons juridiquement très différentes vont se présenter au premier examen sous un aspect à peu près identique.

2° Le contrat écrit, l'« instrumentum », n'a pas toujours été rédigé en vue d'éclairer les tiers et la justice sur la véritable nature des conventions intervenues entre les parties ; il a été quelquefois rédigé dans l'intention contraire : un associé, par exemple, aura voulu se soustraire à l'obligation de participer aux pertes, et, la loi le lui défendant, il se sera faussement qualifié de prêteur ; ou bien un officier ministériel, à qui les règles de sa profession interdisent d'entrer dans une société ; y sera entré néanmoins, mais en dissimulant son apport sous l'apparence d'un prêt ; inversement, il arrivait, avant la loi du 12 janvier 1886, que, pour parvenir à percevoir un intérêt usuraire, un prêteur prît le nom d'associé (1). Il est donc fréquent qu'au lieu d'avoir à interpréter une vérité qu'on leur dit, les tribunaux aient à rétablir une vérité qu'on leur cache.

(1) Cf. Cass.-civ., 16 juin 1863 (D. P., 63. 1. 295).

*Intérêts pratiques de la distinction
entre la société en participation et le prêt.*

La distinction entre la société en participation et le prêt ne présente pas un pur intérêt d'analyse juridique. Sans doute, la simulation n'est pas, en soi, une cause de nullité des contrats ; un contrat n'est pas nul, du fait qu'il est inexactement qualifié par les parties qui l'ont formé ; mais il doit être rétabli dans sa physionomie véritable ; on doit lui appliquer ses vraies règles, même et surtout celles que les parties contractantes cherchaient à éluder. Quand il s'agit de la société et du prêt, ce retour à la vérité a des conséquences fort importantes.

1° Supposons que le chef de l'entreprise, celui qui a reçu et employé l'argent, soit mis en faillite : si le bailleur de fonds est un prêteur, il concourra avec les autres créanciers, ou même il sera payé avant eux, s'il a pris des sûretés ; il pourra, comme eux, provoquer la mise en faillite. Si, au contraire, le bailleur de fonds est un associé, il ne sera recevable à demander la mise en faillite de son associé ou à concourir avec les créanciers que si les comptes définitifs de la participation le laissent lui-même créancier du gérant ; si, au contraire, ils le laissent débiteur, il sera exposé aux poursuites du syndic, et concourra ainsi au paiement des dettes sociales (1).

2° Le prêt est soumis au droit commun des contrats, en ce sens qu'il ne peut être résolu par la seule volonté de

(1) Cf. *suprà*, chap. 1, *in fine*.

l'une des parties ; l'article 1899 du Code civil indique, ce qui d'ailleurs était superflu, que le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées avant le terme convenu. En ce qui concerne la société, des dispositions spéciales visent le cas où la durée n'en a pas été limitée ; l'article 1844 du Code civil décide qu'alors elle est censée contractée pour toute la vie des associés ; mais l'un d'eux peut toujours la faire cesser, en notifiant sa volonté aux autres : il n'est pas obligé de motiver cette volonté ; il faut seulement, pour qu'elle entraîne la dissolution de la société, que la renonciation soit « de bonne foi et non faite à contre-temps » (art. 1869 C. C.). Le contrat de société ne touchant pas seulement les biens, mais enchaînant dans une certaine mesure la liberté des personnes, le législateur a entendu que la prolongation indéfinie n'en pût être imposée ; c'est le même ordre de préoccupation qui l'a amené à interdire, dans l'article 1780 C. C., que le contrat de louage d'ouvrage fût conclu autrement qu'à temps ou pour une entreprise déterminée (1).

3° Le prêt ne produit d'intérêts que s'ils ont été expressément stipulés ; au contraire, l'associé qui n'a pas effectué son apport devient de plein droit, en l'absence de toute stipulation particulière et sans demande en justice, débiteur des intérêts de son apport, au taux légal, à compter du jour où l'apport devait être versé.

4° Différences fiscales ;

A) Le contrat de prêt est soumis au droit propor-

(1) Cf. *infra*, chap. VII.

tionnel d'enregistrement de 4 p. 100 (loi du 22 frimaire an VII, art. 69) ; le contrat de société n'est frappé que d'un droit beaucoup moins onéreux, de 0,20 p. 100 (loi du 28 avril 1893, art. 19).

B) En revanche, les dividendes d'une société sont soumis à l'impôt de 4 p. 100 sur le revenu des valeurs mobilières (loi du 26 déc. 1891, art. 4), et la question se pose de savoir si le caractère occulte de la participation lui permet, en droit, d'y échapper (1). Les intérêts d'un prêt échappent, en règle générale, à cet impôt ; ils n'en sont exceptionnellement frappés que lorsqu'il s'agit d'un prêt consenti à une société déjà existante, et le calcul de la taxe se fait alors d'une manière différente.

RECHERCHE D'UN CRITÉRIUM DE DISTINCTION

A) LA DOCTRINE

Systèmes de MM. THALLER et RIPERT.

La distinction entre la société en participation et le prêt affecté d'une clause de participation aux bénéfices présentant de multiples intérêts pratiques, il est très important de dégager un critérium qui permette de l'établir et de dissiper les équivoques plus ou moins voulues qui souvent la rendent difficile.

Il n'y a pas longtemps que la doctrine, qui a beaucoup dédaigné les sociétés en participation, a sérieusement tra-

(1) Cf. *infra*, chap. VIII.

vaillé à déterminer ce critérium nécessaire : les premières études où le problème ait été approfondi sont une note de M. Thaller, sous un arrêt de la Chambre des Requêtes, du 3 mars 1903 (*D. P.*, 1904. 1.257), et un article de M. Ripert (*Annales de Droit commercial*, 1905, p. 53).

Jusqu'alors, on s'était le plus souvent contenté de dire : ce qui distingue essentiellement la société, c'est l'*affectio societatis* ; comme le fait remarquer M. Thaller, ce n'est pas résoudre une question que de la traduire en Latin, et celle qui se pose est précisément de savoir quel critérium permettra de reconnaître dans un contrat la présence de l'*affectio societatis* ou, en Français, la commune intention de former une société.

Ce ne sont pas les caractères légaux attribués au contrat de société par l'art. 1832 C. C., qui peuvent servir à le distinguer :

a) L'existence d'un apport, le fait matériel d'un concours donné en argent ou en nature, se retrouve à la base du contrat de prêt ;

b) La participation aux bénéfices, si elle est de l'essence de la société, existe fréquemment dans le prêt ;

c) Quant à la participation aux pertes, elle est aussi de l'essence de la société ; mais il arrive qu'en fait on ait voulu en exonérer tel ou tel associé et que ce soit justement pour échapper sur ce point aux injonctions de la loi qu'on ait dissimulé la société sous l'apparence d'un prêt : décider que, là où le bailleur de fonds ne participe pas aux pertes, il n'est pas un associé, serait sanctionner la fraude même qu'il s'agit de déjouer.

MM. Thaller et Ripert sont d'accord pour penser — et il

ne semble pas qu'aucune objection sérieuse puisse leur être opposée — que le caractère vraiment spécifique du contrat de société ne doit pas être cherché dans les conséquences juridiques qui découlent de la nature du contrat, mais dans cette nature elle-même. Or, la nature, l'essence de la société, c'est la mise en commun d'efforts tendant par leur réunion à la production d'un résultat qu'isolés ils n'obtiendraient pas, résultat dont le bénéfice est destiné à être partagé. Il y a, entre les parties au contrat de société, quelque chose de plus qu'un intérêt commun : tout contrat, quel qu'il soit, suppose, à sa naissance, une certaine communauté d'intérêt, qui est sa cause ; cette communauté d'intérêt survit même à la conclusion du contrat et accompagne son exécution, lorsqu'il s'agit par exemple d'un prêt ou d'un louage avec participation aux bénéfices. Entre associés, il y a, selon la très juste formule de M. Ripert, non pas seulement communauté, mais *identité d'intérêt*, non pas seulement coopération économique, mais *collaboration* et collaboration continue ; le prêteur avec participation aux bénéfices a sur ces bénéfices un droit qui ne naît que lorsqu'ils sont nés eux-mêmes ; il n'intervient, il n'apparaît qu'au moment du partage ; l'associé, au contraire, travaille à la production des bénéfices ; il prend une part quotidienne à l'effort commun ; cela est vrai, en dépit des apparences, même quand il n'est qu'un commanditaire ou un participant, et que son effort s'est borné au versement d'un apport : il est représenté dans l'entreprise par son capital productif, par son capital dont la restitution ne lui sera due plus tard que si la société est *in bonis*, par son capital

intégralement engagé dans les bonnes comme dans les mauvaises chances de l'affaire.

Pour reprendre encore une formule de M. Ripert, le prêteur avec participation aux bénéfices n'est, en ce qui concerne la production de ces bénéfices, qu'un spectateur : spectateur intéressé, mais simple spectateur ; l'associé est un auteur : les associés tendent vers un but commun par la mise en commun de leurs moyens respectifs, tous ont sur les profits des droits de même nature, tous ont dans les pertes une responsabilité de même nature.

Peut-on dégager de la jurisprudence existante, ou proposer à la jurisprudence à venir, un critérium pratique permettant de reconnaître dans un contrat le caractère essentiel de la société ? M. Ripert ne le pense pas : il estime qu'en cette matière toute formule juridique précise serait inévitablement trop étroite, et que les juges du fait doivent conserver leur pleine liberté pour apprécier, d'après toutes les circonstances de chaque espèce, s'ils voient apparaître l'identité d'intérêt, la collaboration des parties, qui distinguent la société. La Cour de cassation partage ce scrupule, et s'est jusqu'ici toujours récusée devant la souveraineté des juges du fait.

M. Thaller se montre moins timide ; il ne croit pas qu'on risque de s'égarer en affirmant que, dans tout contrat de société, avoué ou déguisé, se rencontre une chose qu'on ne retrouve nulle part ailleurs : c'est l'*ingérence* de l'associé dans la conduite des affaires sociales, ingérence qui est la manifestation matérielle de la collaboration.

Le droit d'un simple prêteur ne dépasse pas les mesures conservatoires ouvertes à tout créancier contre son débiteur. Mais, si un bailleur de fonds a une part dans les bénéfices de l'entreprise qu'il subventionne, et si en outre il exerce un pouvoir sur la marche de cette entreprise, si, sous une forme quelconque, il la dirige, la conseille ou la surveille, on ne se trompera pas en le qualifiant d'associé, quel que soit le nom qu'il s'est donné; et si, ayant ce double droit — part dans les bénéfices et part dans la direction, — il a tenté de s'affranchir de toute part dans les pertes, il est en fraude contre la loi, la loi spéciale des sociétés n'étant ici qu'une application du principe supérieur qui veut qu'entre les parties à un contrat soit maintenu un minimum nécessaire de pondération et d'équilibre.

Pour savoir s'il y a ou s'il n'y a pas ingérence du bailleur de fonds dans la direction de l'affaire, il ne suffit pas d'examiner le contrat, il faut encore examiner l'exécution qu'il a reçue : il n'est pas possible de s'en fier uniquement à l'acte, qui n'est pas toujours sincère. Dans les cas où l'acte et l'exécution sont d'accord, la situation y gagne en clarté : si le bailleur de fonds intéressé a le droit reconnu de s'ingérer dans l'entreprise, et si en fait il s'y est ingéré, on devra certainement le considérer comme un associé; à l'inverse, si rien n'autorise son ingérence et si, en effet, elle ne s'est pas produite, il ne sera qu'un simple prêteur. Mais supposons que l'acte et l'exécution soient contradictoires : le contrat ne fait allusion à aucun pouvoir d'ingérence, mais en réalité le bailleur de fonds en a exercé un : c'est alors le fait qui devra

l'emporter sur l'écrit; si l'ingérence s'est produite et a été acceptée par le ou les cocontractants, c'est qu'elle est conforme au véritable accord des parties, c'est qu'il s'agit d'une société dissimulée. La situation inverse est délicate : un droit d'ingérence était accordé au bailleur de fonds, mais il n'en a pas usé ; est-ce parce que ce droit ne lui appartenait pas réellement, ou parce qu'il a négligé de s'en servir ? C'est une question d'espèces, que la pratique ne connaît plus guère, depuis que, le taux de l'intérêt commercial étant devenu libre, on n'a plus de motifs pour cacher un prêt usuraire sous l'apparence d'une société.

M. Thaller précise l'idée d'ingérence, en écartant une confusion qui serait de nature à la fausser. On pourrait être tenté de dire : si un apporteur s'est mêlé à la direction de la société, il ne va pas en résulter seulement qu'il doit être considéré comme un associé, il va en résulter aussi qu'il sera soumis aux responsabilités indéfinies d'un associé en nom collectif, même si, d'après son contrat, il n'avait entendu encourir que les responsabilités limitées d'un commanditaire ou d'un participant ; n'est-ce pas, en effet, la sanction infligée au commanditaire ou au participant qui s'immisce dans la direction ? Il faut distinguer : l'ingérence, que M. Thaller propose comme critérium, n'a trait qu'aux rapports mutuels des associés ; c'est le fait par un associé de donner à l'autre, ou aux autres, des ordres ou des conseils, sans que les tiers le sachent ; elle est révélatrice de la qualité d'associé, mais elle n'entraîne pas à elle seule la responsabilité indéfinie. L'immixtion, c'est un degré de plus : c'est l'ingérence portée à la connaissance des tiers, c'est le fait d'agir publiquement

comme associé, et ce fait peut seul motiver, vis-à-vis des tiers, une responsabilité illimitée.

M. Ripert reproche à ce critérium de soumettre les tribunaux à une règle trop étroite, et de leur supprimer beaucoup d'autres éléments d'appréciation qui peuvent, selon les cas, avoir une portée décisive. Il cite plusieurs exemples, empruntés à la jurisprudence récente ; prenons l'espèce de l'arrêt même annoté par M. Thaller (Req. 3 mars 1903, D. P. 1904. I. 257) : la Cour de Paris, et après elle la Chambre des requêtes, ne se sont pas attachées à un critérium unique, elles ont relevé une série de faits dont la réunion a entraîné leur conviction dans le sens de l'existence d'une société. D'abord, la redevance allouée au bailleur de fonds était énorme : une allocation fixe de 6 p. 100 du capital versé, plus 50 p. 100 des bénéfices ; en second lieu, le prétendu prêteur était un notaire : il lui était interdit par les règlements organiques de sa profession de prendre part à l'administration d'une société quelconque (Ord. not. du 4 janv. 1843, art. 12), d'où la nécessité pour lui, s'il voulait tourner cette défense, de dissimuler le contrat de société, auquel il entendait être partie, sous l'apparence d'un autre contrat ; enfin, la convention lui ménageait, et il avait effectivement exercé, un large contrôle sur les affaires de l'emprunteur : ses conseils et son concours étaient nécessaires pour tous les actes de quelque importance, il recevait de ce chef des honoraires très élevés, ainsi que son frère, qu'il avait fait entrer dans la maison de commerce, et qui semblait n'y être que son homme de paille. C'est sur l'ensemble de ces faits

que les arrêts se sont appuyés ; est-il juste, dit M. Ripert, de le leur reprocher ? et la Cour suprême ne limiterait-elle pas à l'excès le pouvoir des juges du fond, si elle ne reconnaissait un caractère concluant qu'au troisième ordre de faits, c'est-à-dire à ceux révélateurs d'une ingérence dans la direction de l'entreprise ?

Ce n'est pas exactement ce que réclame d'elle M. Thaller : il ne lui reproche point d'avoir relevé tous les faits de la cause ; il lui reproche de les avoir placés tous sur le même plan, et de n'avoir pas détaché le criterium vraiment décisif, pour mettre ensuite au-dessous de lui les constatations secondaires qui ne font que le corroborer. Sans doute, il n'est pas indifférent que le prêteur ait stipulé des avantages d'une importance anormale, mais cela pourtant n'a rien de contraire à l'essence ni à la législation du prêt. Il n'est pas indifférent non plus qu'il s'agisse d'un officier ministériel qui ne pouvait pas former ouvertement une société, mais la qualité d'officier ministériel d'un contractant n'entache pourtant pas d'une présomption de fraude les actes qu'il signe. Ce sont des faits qui, isolés, ne signifient rien, et qui, même réunis, ne prennent une valeur indicative que parce qu'ils viennent renforcer et confirmer le seul fait réellement décisif, le seul qui soit de l'essence de la société et soit incompatible avec celle du prêt.

Ce fait décisif, l'ingérence dans la direction, se manifeste souvent par le droit à la communication des livres : partout, observe avec raison M. Thaller, où le bailleur de fonds peut réclamer cette communication à toute époque ou à des intervalles rapprochés, c'est qu'il ne s'agit pas

seulement pour lui de vérifier le chiffre des bénéfices, dont une part lui revient, c'est qu'il est qualifié pour donner tels ordres ou faire telles observations que lui suggérerait la marche des affaires, révélée par la comptabilité ; il est donc quelque chose de plus qu'un simple prêteur d'argent, il est un associé.

B) LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence est d'accord avec la doctrine précisée par MM. Thaller et Ripert, en ce qui concerne les caractères essentiels du contrat de société ; sans avoir donné jamais une définition aussi nette que la leur, elle a bien orienté ses recherches vers la nature même du contrat et non vers ses conséquences juridiques.

On peut considérer comme isolé, et comme en quelque sorte rétracté par la haute juridiction qui l'avait rendu, un arrêt de la Chambre des requêtes du 18 mai 1896 (*D. P.*, 97, 1, 249), qui avait décidé que la stipulation d'une part de bénéfices était exclusive de l'idée de prêt et suffisait à prouver l'existence d'une société : « le loyer d'avances d'argent, disait cet arrêt, quoique affranchi de toute limite de taux en matière de commerce par la loi du 12 janvier 1886, ne peut consister en d'autres prestations que celle d'un tant pour cent du capital prêté ». C'était opposer à la liberté des conventions, en matière de prêt, une restriction que n'autorise aucun texte légal ; il y avait là une erreur certaine, qu'ont évitée tous les arrêts postérieurs.

Dès avant la loi du 12 janvier 1886, la Chambre des requêtes avait explicitement condamné l'erreur momen-

tanée où elle est tombée plus tard, lors de son arrêt du 18 mai 1896. Voici, en effet, comment elle s'exprimait dans un arrêt du 8 janvier 1872 (*D. P.*, 72, 1, 194) :

« Attendu que, si la participation aux bénéfices éventuels d'une entreprise est de l'essence de la société, en ce sens que, sans cette participation, il n'y a pas de société possible, il ne résulte nullement de là que toute convention par laquelle l'un des contractants s'engage à fournir un capital pour l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie constitue nécessairement, et quelle qu'ait été l'intention réelle des parties, une société en commandite, dès qu'elle contient au profit du bailleur de fonds la stipulation d'une part dans les bénéfices à réaliser... » (1)

En ce qui concerne l'établissement d'un criterium pratique, permettant de reconnaître l'existence des caractères spécifiques du contrat de société, la jurisprudence, nous l'avons dit, a jusqu'à présent été retenue par le même scrupule qui arrête M. Ripert : la Cour de cassation s'est abstenue de toute formule générale ; elle s'est contentée de relever, après les juges du fait, des circonstances diverses où elle a vu la preuve de l'« *affectio societatis* », sans mettre hors de pair le droit d'ingérence attribué au bailleur de fonds et exercé par lui. Telle a été l'attitude de la Chambre des requêtes dans son arrêt du 8 janvier 1872, que nous venons de citer, et dans un arrêt du 17 avril 1872 (*D. P.*, 73, 1, 311) (2) ; telle elle est restée dans son arrêt du

(1) Cf. Bordeaux, 3 juill. 1860 (*D. P.*, 61. 5, 458).

(2) Dans l'arrêt du 17 avril 1872, il s'agissait de distinguer la participation non pas d'un prêt, mais d'un louage de services avec participation aux bénéfices. Il en est de même d'un jugement du tribunal civil de la Seine du 3 août 1907 (*Le Temps*, 5 août 1907), qui a

3 mars 1903, annoté par M. Thaller (1), et aussi, quelques semaines plus tard, dans un arrêt du 28 avril 1903 (S. 1903, 1, 472).

La cour de Grenoble, par un arrêt du 18 mai 1887 (D. P., 88.2.305), et la cour de Bordeaux, par un arrêt du 20 janvier 1902 (R. S., 1902, p. 387) avaient donné un relief plus énergique à la circonstance vraiment décisive du droit d'ingérence, la première ayant vu dans l'existence de ce droit la preuve d'une société, et la seconde ayant vu dans son absence la preuve d'un simple prêt (2). Il en est de même d'un jugement du tribunal de Vervins, du 31 juillet 1902 (D. P., 1903, 2.425), qui est la décision la plus complètement et la plus juridiquement motivée que la jurisprudence ait, jusqu'à ce jour, produite sur la question.

En voici les passages essentiels :

«... Attendu qu'il s'agit uniquement de savoir si Delhaye et la dame Spalart seront considérés comme associés commanditaires de Collin ou comme prêteurs des sommes qu'ils ont versées en vertu de l'acte reçu par M^e Duclert et l'un de ses collègues, notaires à Maubeuge, le 24 janvier 1901, enregistré ;

« Qu'on aperçoive le haut intérêt qui s'attache à cette question : prêteurs, ils retireront leur argent comme les autres

repoussé la prétention de la Compagnie Générale des Voitures, d'après laquelle les cochers à taximètre lui auraient été liés par un contrat de société en participation, et par suite n'auraient pas reçu d'elle un salaire susceptible d'être saisi-arrêté.

(1) Cf. *suprà*, p. 32.

(2) Cf. aussi le jugement précité du tribunal de Cusset (D. P., 70. 4. 213), statuant sur un contrat de location d'une usine, avec participation des bailleurs aux bénéfices de l'entreprise de leurs locataires.

créanciers, les primant même grâce aux sûretés stipulées ; associés, ils perdront ces sûretés (art. 1855, C. C.) et ne pourront être remboursés de leur apport qu'après que tous les créanciers de la société auront été payés, à moins que, s'agissant d'une association en participation, Collin ne soit considéré comme seul propriétaire de toutes les choses qui appartiennent à la participation, ce qui enlèverait tout droit de préférence aux créanciers sociaux (Pont. *Sociétés*, t. 2, nos 1839, 1853) ;

« Attendu qu'il est constant, même pour les parties qui se bornent à en tirer des conséquences contraires, que les sommes versées par les consorts Delhayé sont affranchies de toute contribution aux pertes ; qu'on trouve la preuve de ce fait dans la stipulation d'un intérêt fixe (5 %), dans la clause d'amortissement du capital, dans les sûretés personnelles et réelles, d'une valeur de 300.000 francs au moins, prises pour assurer le remboursement, dans l'article 6, qui fait cesser de plein droit le crédit et rend immédiatement exigibles les avances dans le cas où un seul exercice se serait soldé en perte, etc. ;

« Attendu que, l'essence du contrat de société étant que tous les associés participent aux pertes, les consorts Delhayé croient établir d'une façon décisive, par l'absence de cet élément vital, qu'ils ne sont que de simples prêteurs de deniers, et non pas des associés, résignés à subir, au moins dans la mesure de leur apport, les risques de l'entreprise ;

« Attendu que Collin et son liquidateur prétendent que la forme de l'ouverture de crédit n'a été prise que pour enfreindre les prescriptions de l'article 1855 C. C. ; mais

qu'en réalité le véritable but du contrat a été de former une association ; qu'on ne saurait faire état de ce que les consorts Delhayé sont exonérés des pertes, si l'économie de l'acte, corroborée par le mode d'exécution qu'il a reçu, montre, sous le voile qui la cache, la volonté de s'associer, que la seule conclusion à en tirer est que cette société doit être annulée comme pacte léonin ;

« Attendu que cette conclusion s'impose en effet, si l'*affectio societatis* résulte des stipulations de l'article 5, comme le soutiennent les demandeurs ;

« Attendu que cet article reconnaît aux consorts Delhayé les droits suivants : 1° droit d'organiser la comptabilité et de la faire contrôler aussi souvent qu'ils le désireront par une personne de leur choix ; 2° droit à l'envoi hebdomadaire d'un relevé de toutes les opérations de commerce ; 3° droit d'imposer un comptable et un contremaître de leur choix ; 4° droit d'assister à l'inventaire annuel ; 5° une participation énorme dans les bénéfices ainsi répartis : 10% pour former un fonds de réserve en vue du remplacement de l'outillage et du matériel ; 10% pour les débiteurs, à titre de supplément d'appointments ; 65% destinés à l'amortissement du capital avancé ; et 15%, versés aux prêteurs à titre de supplément d'intérêts ; 6° et 7° interdiction pour Collin de faire aucun paiement, soit en espèces, soit en valeurs, quel qu'il soit, ni aucun achat de matières premières, matériel ou approvisionnement, sans autorisation des créiteurs ;

« Attendu qu'on ne saurait considérer ces clauses dans leur ensemble, surtout les deux dernières, comme les suites naturelles du partage des bénéfices ou d'un

nantissement de fonds de commerce, ou d'une constitution hypothécaire, car si un prêteur, participant aux bénéfices, doit pouvoir en contrôler le chiffre, s'il est permis à un créancier gagiste de fonds de commerce et hypothécaire de se réserver les moyens de vérifier le maintien de son gage, il n'est pas naturel, ni nécessaire, qu'il collabore à l'entreprise par des autorisations multiples et ne laisse au gérant qu'une liberté d'action apparente pour les actes les plus usuels de son commerce, tels que les paiements et les achats de matières ou d'approvisionnement;

« Que de pareilles stipulations dénotent l'intention évidente de s'associer, d'une façon occulte, aux actes de gestion, avec les droits d'un commanditaire;

« Attendu que la correspondance des conjoints Delhaye établit qu'ils ont largement usé de toutes les prérogatives attachées à cette qualité;.....

« Attendu qu'après toutes ces constatations, qui éveillent invinciblement l'idée d'une société, l'argumentation des défendeurs ne saurait prévaloir;

« Attendu qu'il reste toutefois à préciser la nature et l'objet de ce pacte social; qu'il a tous les caractères de l'association en participation (1), dès lors, qu'on admet, avec la jurisprudence et la doctrine générale actuelles, qu'une telle association peut avoir pour objet, comme les autres sociétés de commerce, l'exploitation d'une branche de commerce, et que son trait distinctif et essentiel

(1) Le jugement ajoute ici les mots : « et en commandite » ; c'est une inadvertance de rédaction, la commandite est tout autre chose que la participation, elle n'est nullement une société occulte.

Est d'être occulte (*non proscripta*), c'est-à-dire de ne pas exister pour les tiers et de ne produire d'effet que dans les rapports des associés, des participants, les uns vis-à-vis des autres : l'association de Collin et des Delhaye n'a ni raison sociale ni signature ; elle agit sous le nom de Collin, qui seul s'oblige directement envers les tiers ; elle n'a pas de domicile, en un mot, elle est occulte (*non proscripta*) ; elle a pour objet, pour une durée illimitée, la continuation par Collin de l'exploitation de son fonds de commerce et de sa ferme, en vue du partage des bénéfices ; mais, dans cette association, il n'y a pas de fonds social ou indivis : Collin apporte son industrie et la jouissance retenue, réservée, de son fonds de commerce et de sa ferme (lire art. 6, par. 7, qui laisse à Collin toute liberté de vendre) ; et les consorts Delhaye lui confient un droit de propriété plein et entier sur le montant de la prétendue ouverture de crédit qui constitue leur apport (une preuve, entre autres, c'est que cet apport sert, pour 152.000 francs à payer une dette de Collin, la créance Guérin) ;

« Qu'ainsi s'explique que les parties n'aient pas prévu le partage d'un fonds social ; qu'ainsi s'explique également que Collin, respectueux d'ailleurs du pacte léonin, ait inscrit dans son bilan le montant intégral de la créance hypothécaire des consorts Delhaye, puisqu'il n'existe pas de créanciers sociaux qui leur soient préférables ;

« Attendu qu'en stipulant que Collin rembourserait aux consorts Delhaye leur mise sociale, les parties ont contrevenu à l'art. 1855 C. C., dont les sages prescriptions s'appliquent à la société en participation (Req.

18 mai 1896, *D. P.*, 97.1.249) ; que la nullité de la clause léonine entraîne celle de la société tout entière, en vertu du lien de connexité qui unit les différents articles d'un contrat ;

« Attendu que, la liquidation de l'association se faisant à perte, il y a lieu uniquement, en l'absence de fonds commun, de répartir entre associés le passif net (créances déduites) de la participation ; qu'il paraît équitable de le partager par moitié entre Collin et les consorts Delhaye ;

« Attendu que l'annulation de l'acte litigieux dans les rapports des trois associés enlève aux consorts Delhaye, non seulement tout titre exécutoire, mais même la qualité de créanciers gagistes et hypothécaires ; qu'elle doit donc avoir pour conséquence la nullité du commandement du 24 mars 1902, postérieur de deux jours au jugement de liquidation judiciaire, suspensif de toutes poursuites individuelles, de la saisie immobilière du 24 avril suivant, ainsi que de toute la procédure qui en a été la suite. »

.

CHAPITRE III

La participation employée comme instrument de fraude contre les dispositions de la loi du 24 juillet 1867.

La fraude.

La société en participation n'a pas pris dans la pratique le développement auquel elle paraissait appelée : il semble que le monde des affaires ne s'y fie pas beaucoup et ne la connaisse pas bien ; il en est un peu resté aux indications sommaires du Code de commerce. Ces indications ont été pourtant complétées d'une façon bien nette par les arrêts de la Cour de cassation de 1876 et de 1879 ; la formule de ces arrêts a été définitivement adoptée par la jurisprudence, et, depuis eux, il n'existe plus de question concernant les caractères distinctifs de la société en participation. On ne s'explique pas que ces caractères, ainsi dégagés, n'aient point rendu plus sensibles au public le rôle véritable de cette forme de société et les commodités qu'elle peut offrir.

La pratique commerciale n'a pas bien su voir dans la participation la commandite perfectionnée dont nous avons expliqué le mécanisme ; elle l'a plutôt employée à titre de commandite déguisée. Il y a eu là une déviation

évidente : au lieu de constituer des participations réelles, c'est-à-dire des commandites occultes, où l'existence du commanditaire reste entièrement ignorée du public, on a souvent utilisé le nom de la participation pour baptiser de véritables sociétés en commandite, ou même des sociétés anonymes, pour les faire échapper, à l'abri de ce faux nom, aux règles protectrices de l'épargne édictées par la loi du 24 juillet 1867.

Les éléments de la fraude sont toujours sensiblement les mêmes; les lanceurs de l'opération déclarent et publient qu'ils fondent une société; ils lui donnent un nom, lui fixent un siège social et l'intitulent « société en participation »; ils ne font, généralement, que des apports en nature : crédit personnel, connaissances spéciales, démarches, etc.; et ils s'attribuent, en échange, un certain nombre de titres de la nouvelle société. Puis ils s'occupent de la constitution du capital-espèces; ils placent dans le public des titres semblables aux leurs, contre versement de sommes d'argent, qui sont déposées, à mesure qu'elles arrivent, dans la caisse sociale et forment le fond d'exploitation. Les titres, très souvent, sont au porteur : chacun donne droit à une part dans les bénéfices annuels de l'entreprise et, pour le jour de la dissolution, à une part dans l'actif social. Cette émission est une émission d'actions, à laquelle manque seulement l'observance des règles de la loi de 1867; les apports en nature ne sont l'objet d'aucune vérification, le plus souvent même d'aucune évaluation; ce sont leurs auteurs qui déterminent eux-mêmes le nombre de titres auquel ils leur donnent droit; la mise en fonctionnement de la société n'est

précédée ni par la souscription de tout le capital ni par la libération du quart des actions; les titres peuvent être au porteur, sans condition de libération préalable. On s'abstient, bien entendu, de toute publicité légale, puisque l'on fonde une participation, société occulte. Selon qu'il y a ou qu'il n'y a pas un associé personnellement tenu envers les tiers sur l'ensemble de ses biens, la société est en réalité une commandite ou une société anonyme : elle est, dans tous les cas, une société par actions, qui s'est affranchie des exigences de la loi, en s'affublant du titre de participation.

Sévérité de la jurisprudence.

La jurisprudence s'est, jusqu'à présent, montrée rigoureuse à ce genre de combinaisons; elle est restée fidèle à un principe qu'elle applique dans des domaines variés, à savoir que les tribunaux ne sont point liés par les dénominations volontairement ou involontairement inexactes que les parties ont données à leurs conventions, qu'ils peuvent et doivent restituer à ces conventions leur véritable nom, et tirer de leur nature juridique ainsi rétablie les conséquences qui en découlent. Donc les tribunaux rendent aux fausses participations leur nom véritable de sociétés par actions; saisis comme juridiction pénale, ils frappent les fondateurs, gérants et administrateurs des peines prévues par la loi de 1867; saisis comme juridiction civile, ils appliquent la loi dans ses sanctions de nullité du contrat et de responsabilités pécuniaires. Ils n'admettent pas que, par un détour, on arrive à faire en

France ce que la loi anglaise permet, mais que la loi française défend : commencer les opérations d'une société, avant d'en placer les titres (1).

La doctrine ne présente pas la même unanimité que la jurisprudence ; non que personne y mette en doute la nécessité de réprimer la fraude et de restituer aux contrats déguisés leur figure réelle ; mais les auteurs se divisent sur la question de savoir si, en dehors de toute pensée de fraude et de déguisement, une participation a le droit de se constituer par actions. La jurisprudence est du côté de la négative ; et, avant d'examiner le débat doctrinal, on ne peut que s'en féliciter au point de vue pratique ; la solution contraire sans relever la fraude de ses conséquences de droit, la rendrait en fait beaucoup plus difficile à saisir et à sanctionner ; s'il était permis de former, en toute franchise et loyauté, une participation par actions, on aurait souvent grand'peine à distinguer d'une telle société une participation de parade, destinée à masquer une société anonyme ou une commandite par actions constituée illégalement.

Controverse doctrinale.

La solution négative de la jurisprudence a pour elle l'autorité de M. le professeur Thaller (*Ann. Dr. Comm.*,

(1) Cf. Civ. Cass., 12 juillet 1842 (S. 42.1. 595) ; Poitiers, 18 janv. 1860, (*J. P.*, 60. 47) ; Paris, 8 janv. 1900 (D. P., 1902. 2. 405, S., 1903, 2. 183 ; *J. S.*, 1900, 401, aff. de l'*Événement*) ; Trib. comm. Seine, 11 déc. 1901 (*J. S.*, 1902, 370, aff. de la *Dépêche coloniale*) ; Lyon, 23 déc. 1904 (*J. S.*, 1905, 495) ; Paris, 27 juin 1905 (*J. S.*, 1906, 210) ; Req., 30 juill. 1907, (*J. S.*, 1908, 350, aff. de l'*Omnium industriel et commercial*) ; Crim. rej. 28 mars 1908 (*J. S.*, 1908, 352) ; Trib. comm. Lyon, 16 déc. 1910 (*J. S.*, 1911, 516).

1896, 398; *ibid.*, 1901, 333), de MM. Lyon-Caen et Renault, (*Traité de Droit commercial*, t. II, 2^e partie, n^o 1058, p. 459), de M. Houpin (*Traité des Sociétés*, n^{os} 245, 248, 269, 280), de M. Lacour, (note au *Dalloz*, 1902.2.105), de M. Delangle, (*Sociétés*, n^o 615). Elle est combattue par M. Vavasseur (*Traité des sociétés*, 6^e éd. n^o 282), par M. Poulle, dans sa remarquable thèse sur *les Associations en participation* (n^{os} 313 et 314), par M. le professeur Wahl (*Traité des titres au porteur*, n^o 516; note au *Sirey*, 1903.2.185).

Défense du système de la jurisprudence.

Les adversaires de la rigueur jurisprudentielle soutiennent qu'elle ajoute à la loi une interdiction qui ne s'y trouve pas, et qu'elle viole ainsi le principe de la liberté des conventions. Il nous semble que l'ampleur du principe qu'ils invoquent leur masque, en l'espèce, deux règles plus positives, auxquelles il ne saurait faire échec : d'une part, le caractère occulte de la participation ; d'autre part, les prohibitions de la loi de 1867.

Sur le premier point, M. Wahl, dans sa note au *Sirey*, qui contient une discussion très complète et très serrée, développe l'argument suivant : la participation est une société occulte à l'égard des tiers, elle est ignorée d'eux, elle n'a pas de personnalité morale, elle ne peut être ni créancière ni débitrice ; mais, dans les rapports des associés entre eux, il faut bien qu'elle existe et qu'elle soit connue : dès lors, pourquoi les droits sociaux de chacun ne pourraient-ils pas être constatés sous telle forme

quelconque que l'on aura choisie ? pourquoi, notamment, ne leur donnerait-on pas pour représentation matérielle un titre négociable, c'est-à-dire une action ? il ne s'agit pas pour la société de devenir créancière ou débitrice, il s'agit de se constituer ; et M. Wahl distingue, avec beaucoup de netteté, les droits *vis-à-vis de la société*, droits qui ne doivent pas naître vis-à-vis d'une participation, que les tiers ignorent, et les droits *dans la société*, droits des associés, résultant du contrat social lui-même, et qui naissent nécessairement dans la participation comme dans toute autre société. Le principe de la distinction est parfaitement juste ; et l'arrêt annoté par M. Wahl — arrêt de la Cour de Paris du 8 janvier 1900, dans l'affaire de l'*Événement* — l'a méconnu en fait : il a qualifié de parts bénéficiaires ou parts de fondateurs des titres qui, en réalité, représentaient de véritables parts sociales. Mais ces titres sociaux, avait-on le droit, pour constituer une participation, de les répandre dans le public par voie d'émission ? M. Wahl croit pouvoir répondre : oui, parce que ceux qui acquéraient ces titres devenaient des associés, non des créanciers, et qu'ainsi la participation ne se révélait qu'à ses propres membres. C'est là que l'éminent professeur nous paraît avoir du caractère occulte de la participation une idée trop exclusivement juridique et, si l'on peut dire, scolastique : il lui suffit que les tiers l'aient ignorée en droit, qu'elle ne se soit pas officiellement déclarée à eux, lorsqu'ils ont traité avec le gérant ; mais il ne voit pas d'inconvénient à ce qu'en fait ils l'aient connue et dû connaître. Car il est difficile d'imaginer qu'ils ne la connaissent pas, si

elle s'est formée par la voie de l'appel au public qu'est une émission de titres; s'il circule, sur le marché des valeurs, des actions du journal *l'Événement*, les tiers qui traiteront avec le propriétaire nominal du journal sauront qu'il a derrière lui une société, dont ils escompteront le crédit. Or, dès qu'une participation est ainsi dévoilée, elle cesse d'être elle-même; son caractère essentiel lui manque, et les associés non gérants ne peuvent plus se dérober aux poursuites directes des tiers qui, en fait, ont compté sur eux. C'est la sanction, qui s'impose, du caractère occulte de la participation, et la jurisprudence n'a jamais failli à l'appliquer (1); or, M. Wahl la méconnaît si bien qu'après avoir accordé en passant qu'une participation, qui ne peut devenir débitrice, ne pourrait pas émettre d'obligations, il reprend aussitôt sa concession, il ajoute : et encore, pourquoi pas ? le gérant signerait les titres d'obligation, c'est avec lui que contracteraient les obligataires ; il mentionnerait, s'il le voulait, la société en participation sur les titres : les obligataires n'auraient pas à tenir compte de cette mention : la société est sans effet à leur égard, mais il importe peu qu'on leur en apprenne l'existence. Il importe, au contraire, essentiellement, répondons-nous, que l'existence de la société ne soit pas divulguée aux tiers qui traitent avec le gérant : il suffit qu'elle le soit pour que la société perde son caractère distinctif et sa nature spéciale.

De même, M. Wahl ne nous paraît pas reconnaître une portée suffisante aux restrictions sévères que la loi du

(1) Cf. *infra*, chap. IV.

24 juillet 1867 met à la liberté des conventions lorsqu'il s'agit du contrat de société. A son avis, la loi a organisé un ensemble d'exigences autour de la constitution et du fonctionnement de deux types de sociétés : la société anonyme et la société en commandite par actions ; mais rien ne permet d'étendre ces exigences à d'autres types de sociétés, et rien non plus ne permet de leur interdire l'usage de l'action, du titre négociable. L'erreur nous paraît ici complète : la loi n'avait pas à supprimer ou à restreindre une liberté qui n'a jamais existé ; le droit pour l'associé de céder sa place à un tiers n'est pas de la nature du contrat de société, au contraire. La société est un contrat où domine l'*intuitus personae* : que l'on considère le droit romain, ou notre ancien droit, ou le Code civil, on y retrouve toujours ce principe qu'un associé ne peut pas se substituer un tiers dans la société sans le consentement unanime de ses coassociés, et que les héritiers d'un associé décédé ne peuvent pas non plus lui succéder dans la société sans ce même consentement (C. civ., art. 1861, 1865). Si des dérogations ont été apportées à ce principe, ce n'est qu'en vertu de tolérances expressément octroyées par la loi ; et à ces tolérances elle a toujours mis des limites et des conditions. Ce fut, sous l'empire du Code de commerce, le régime de l'autorisation préalable et de la surveillance administrative ; c'est, aujourd'hui, le régime des précautions diverses organisées par la loi de 1867. A aucun moment l'usage de l'action, c'est-à-dire de la part sociale transmissible par la seule volonté de son possesseur, n'est rentré dans la liberté générale des conventions : il n'a jamais été

qu'une liberté exceptionnelle, contraire à la conception première du contrat de société, et créée de toutes pièces par des textes spéciaux qui, en même temps, l'ont délimitée. S'il fallait réduire, comme le propose M. Wahl, le champ d'application de la loi de 1867, le chemin pour la tourner serait bien facile, et ouvert aux moins ingénieux ; en évitant le nom d'une des deux formes sociales qu'elle régit, et en apportant à la rédaction des statuts un peu de précaution, on pourrait inonder le marché financier d'émissions soustraites à toute espèce de garantie. Le législateur de 1867 ne saurait avoir voulu cela : en libérant les sociétés par actions du régime de l'autorisation préalable et de la surveillance administrative, il a entendu assurer à l'épargne publique une sauvegarde qui remplaçât celle qu'il lui retirait ; les règles imposées eux fondateurs et aux administrateurs n'ont jamais eu d'autre objet. Or, le danger auquel elles parent ne tient pas spécialement à la forme anonyme ou en commandite par actions : il tient à l'émission des titres, à toutes les manœuvres qui peuvent en déterminer la souscription ; c'est cela, c'est l'appel au public, avec tout le charlatanisme qu'il risque d'entraîner, dont le législateur a voulu limiter les périls. Quand, dans les articles 13 et 14 de la loi, il frappe d'une amende de 500 à 10.000 francs l'émission et la négociation des actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des articles précédents, il vise non pas seulement la constitution irrégulière d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions, mais le fait de jeter, sous quelque forme et sous quelque nom que ce soit, des actions sur

le marché, sans les garanties d'honnêteté élémentaires, et déjà souvent insuffisantes, établies par la loi. Ces garanties ne valent quelque chose que si leur exigence a une portée absolument générale, c'est-à-dire si elle est liée au seul fait de la division du capital en actions; elles sont au premier chef des mesures d'ordre public, puisqu'elles sont destinées à protéger l'épargne: il n'est pas admissible qu'on ait laissé à ceux qui désireraient les esquiver le champ si vaste et si aisé que leur ouvrirait le libéralisme excessif des adversaires de la jurisprudence.

Question semblable relative aux sociétés civiles.

Le caractère d'ordre public des dispositions de la loi de 1867 impose une solution semblable à celle que nous soutenons ici, dans la controverse toute voisine qui s'est élevée sur le point de savoir si une société civile peut se constituer par actions sans observer ces dispositions. Antérieurement à la loi du 1^{er} août 1893, MM. les professeurs Lyon-Caen et Labbé adoptaient d'accord le principe qu'une société ne peut se constituer par actions sans observer les règles de la loi de 1867, mais ils n'en tiraient point les mêmes conséquences: M. Lyon-Caen (note sous Cass. crim., 28 novembre 1873, S., 75. 1. 281) estimait que la loi de 1867, vu la généralité de ses termes, devait être appliquée à toute société par actions, quel que fût son objet; M. Labbé (note sous Req., 21 février 1883, S., 84. 1. 361) estimait, avec la jurisprudence, que la loi de 1867, faite pour les sociétés de commerce, ne pouvait

être appliquée à d'autres; il en concluait, non pas qu'il fût loisible à une société civile de se former par actions en toute liberté, mais au contraire que cela ne lui était permis d'aucune façon; elle avait la faculté d'être anonyme, qui est de droit commun, mais non pas celle d'émettre des titres négociables, qui a toujours été sévèrement limitée par la loi, d'abord par l'article 37 C. com., puis par la loi du 24 juillet 1867. La loi de 1893 a consacré la solution que proposait M. Lyon-Caen, et que n'avait pas adoptée la jurisprudence. (Contra : Wahl, *J. S.*, 1901, p. 242.)

Conséquences pénales et civiles de la fraude.

Donc ceux qui, sous le nom d'une société en participation, émettent ou négocient des actions, en dehors des formes imposées par la loi de 1867, se livrent à une opération à la fois délictueuse et nulle : ils sont passibles des peines prévues par les articles 13 et 14 de la loi de 1867, et ils sont irrecevables à poursuivre le paiement du prix contre les acheteurs de leurs titres. Deux catégories de personnes seulement seraient admises à revendiquer une certaine efficacité pour ces opérations sociales irrégulières, au cas où la société aurait fonctionné en fait; d'abord, les porteurs de titres qui auraient vendu ces titres après la constitution apparente de la société et dans l'ignorance de son vice : leur contrat serait valable et exécutable; ensuite, les créanciers sociaux, — ou, en cas de faillite, — le syndic, qui réclameraient aux actionnaires le versement du montant de leurs actions : l'article 7 de

la loi de 1867 interdit, en effet, aux associés d'opposer aux tiers les nullités résultant d'irrégularités dans la constitution de la société, alors même que les tiers en cause auraient eu connaissance de ces nullités. (Cf. Lacour, note sous Paris, 8 janvier 1900, *D. P.*, 1902. 2. 103.)

Il va de soi que les fondateurs et administrateurs de la société entachée de nullité engagent leur responsabilité civile vis-à-vis de ceux à qui cette nullité aura préjudicié.

CHAPITRE IV

Rapports des associés avec les tiers. Révélée aux tiers, la participation perd son caractère et devient une société de droit commun.

Nous avons vu comment une participation peut, dès sa constitution, n'en être pas une ; comment elle peut être une participation mort-née, lorsqu'elle adopte une forme incompatible avec le caractère occulte qui est de son essence. Nous allons voir maintenant comment, valablement formée, elle peut, dans le cours de son fonctionnement, cesser d'être cachée et, par conséquent, cesser d'être elle-même.

*L'existence de la participation révélée aux tiers :
conséquences pour les participants.*

L'accident est assez fréquent : on a engagé des intérêts dans une affaire ; mais on a préféré ne pas y engager son nom et son crédit, on a voulu n'être qu'un associé invisible, et on a constitué pour cela une participation. Puis, avec le temps, on songe moins à se cacher, soit parce que l'affaire marche bien et que l'on ne craint plus de s'y compromettre, soit parce qu'elle marche mal et que l'on espère en améliorer la direction en s'y mêlant active-

ment. On apparaît à côté du gérant, on intervient dans des contrats où les tiers n'auraient dû voir que lui ; on leur apprend, ou on leur laisse deviner, qu'ils traitent avec une société et non avec un individu. La sanction est tout indiquée, elle est la même qu'on applique au commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion de la commandite : le participant qui s'est fait connaître n'est plus recevable à soutenir qu'on l'ignore ; il devient, vis-à-vis du tiers qui a su sa qualité d'associé, un associé de droit commun. Cette sanction sera plus ou moins complète, selon la gravité de l'infraction commise. Ou bien le participant aura seulement fait ou laissé connaître sa qualité d'associé : alors la participation devra être assimilée au type de société dont ses statuts la rapprochaient le plus ; si, comme c'est le cas le plus fréquent, elle était une commandite occulte, le participant sera traité comme un commanditaire. Ou bien il aura poussé l'imprudence plus loin ; non seulement il aura révélé sa qualité d'associé, mais il se sera immiscé dans la gestion ; alors il encourra la responsabilité illimitée qu'entraîne pour un commanditaire cette usurpation de pouvoirs : il deviendra un véritable associé en nom collectif, directement et solidairement tenu de toutes les dettes sociales. S'il ne s'est révélé qu'à certaines personnes, ce sont elles seules qui acquièrent ces droits contre lui ; s'il a créé ou laissé naître une véritable notoriété publique, ce sont tous les tiers avec lesquels aura traité la participation : celle-ci perd alors son caractère essentiel, elle cesse d'être une société occulte et devient une société commerciale de droit commun.

Il faut que les tiers aient connu l'existence de la participation : 1° avant de traiter avec le gérant; 2° par la faute du participant.

Il faut, bien entendu, pour examiner la question de savoir si le participant s'est démasqué, se placer au moment où l'obligation est née, et non pas au moment où l'exécution en est poursuivie. Lorsque le tiers qui a traité avec le gérant a cru alors n'avoir en face de lui qu'un individu, le seul bénéfice qu'il puisse tirer d'apprendre plus tard qu'il s'agissait d'une société, c'est qu'il aura le droit d'exercer, en vertu de l'article 1166 du Code civil, les actions du gérant contre le ou les participants, actions tendant à l'apurement des comptes entre associés. Il se verra opposer, comme tout créancier exerçant l'action de son débiteur, les exceptions de compensation et autres opposables au gérant. Pour qu'il ait une action directe et personnelle contre le participant, il faut que la qualité de celui-ci lui ait été révélée avant la naissance de l'obligation. Il faut aussi que cette révélation soit imputable au participant, soit qu'elle provienne de son fait, soit qu'elle provienne de son abstention, c'est-à-dire que, ne l'ayant point ignorée, il l'ait laissée se produire et se répandre (1).

*Comparaison entre la situation du participant
et celle du commanditaire.*

La situation du participant est analogue à celle du

(1) Req., 23 juill. 1877 (D. P., 78. 1. 88), Bordeaux, 10 juin 1907 (Rec. Bordeaux, 1907, 1. 323. — Cf. THALLER, *Précis de droit commercial*, 4^e édit., n. 155, p. 270.

commanditaire, elle ne lui est pas entièrement semblable : elle est à la fois meilleure et pire. Elle est pire, en ce que le participant doit éviter vis-à-vis des tiers tout acte d'associé; le commanditaire doit seulement s'interdire tout acte de gérant : il lui est défendu de s'immiscer dans la gestion, mais non d'agir publiquement en associé; il n'a pas à dissimuler sa qualité d'associé, qui est officiellement portée à la connaissance des tiers par la publication de l'acte de société : c'est ainsi, par exemple, que, dans les commandites par actions, les commanditaires tiennent avec une publicité complète leurs assemblées générales; le commanditaire s'écarte de la gestion, mais il exerce ostensiblement les pouvoirs de contrôle et de surveillance que lui confère sa qualité d'associé. En revanche, il est l'objet d'interdictions spéciales qu'il n'y a aucun motif d'étendre au participant : la loi ne lui permet pas d'user de la signature sociale (1); rien, au contraire, n'empêche le gérant d'une participation de déléguer la signature commerciale à un membre de la participation : il pourrait la déléguer à un employé, il peut de même la déléguer à un participant; il faut seulement que celui-ci ne soit, aux yeux des tiers, rien de plus qu'un délégué du gérant.

La Jurisprudence.

Aucune formule précise et sacramentelle ne délimite les actes que le participant peut accomplir sans perdre le bénéfice du caractère occulte de la société : tout acte qui

(1) Code de commerce, art. 27.

ne révèle pas aux tiers sa qualité d'associé lui est permis, tout acte qui la révèle lui est défendu. Les juges du fait appliquent souverainement ce criterium aux cas qui leur sont déférés : dans les diverses espèces qu'elle a tranchées, la jurisprudence a appliqué le criterium d'une façon plus ou moins juste, mais elle s'y est toujours référée (1).

*Conséquences du fait qu'une opération a profité
au participant.*

Certaines décisions ont commis l'erreur de relever, parmi les raisons qui devaient faire considérer le participant comme personnellement tenu, le fait que l'opération lui avait profité, ou avait profité à la société (2). C'est une confusion : s'il est établi qu'une opération effectuée par le gérant a profité au participant, il en résulte bien que celui-ci peut être recherché par le tiers qui a contracté avec le gérant, mais ce n'est pas à titre d'associé déchu du bénéfice de sa situation spéciale ; c'est uniquement en vertu des principes généraux de l'enrichissement sans cause, et par conséquent dans la limite de cet enrichissement.

(1) Cf. Dalloz, *J. G.*, v° *Société*, n. 1667 et suiv.; Nancy, 3 févr. 1848, D. P., 48. 2. 183; Colmar, 29 avril 1850, D. P., 52. 5. 512; Metz, 29 nov. 1854, D. P., 55. 2. 135; Cass., 10 août 1859, D. P., 59. 1. 360; Aix, 4 juin 1868, D. P., 69. 2. 242; Poitiers, 6 avril 1870, D. P., 70. 2. 192; Cass. civ., 21 mars 1876, D. P., 76. 1. 198; Req., 23 juill. 1877, D. P., 78. 1. 88; Bordeaux, 17 nov. 1897, *Rec. Bordeaux*, 98. 1. 103; Paris, 4 févr. 1898, *Journ. trib. comm.*, 98. 544; Lyon, 3 nov. 1898, *Monit. jud. Lyon*, 3 nov. 1898; Bordeaux, 10 juin 1907, *Rec. Bordeaux*, 1907, 1. 323; Orléans, 3 juill. 1908, *J. S.*, 1910, 30; Alger, 10 nov. 1908, *J. S.*, 1910, 65.

(2) Bruxelles, 15 avril 1848, D. P. 49. 2. 227; Colmar, 29 avril 1850, précité.

Relations normales des associés avec les tiers.

Quand la marche d'une participation est normale, quand les associés non gérants s'en tiennent au rôle qui leur revient, ils n'ont aucune relation avec les tiers; ils ne se révèlent pas à eux, ils ne deviennent ni leurs créanciers ni leurs débiteurs. Des rapports juridiques ne peuvent s'établir entre les participants et les tiers que par voie oblique, en passant par le gérant. Si un tiers est créancier du gérant et s'il apprend que le gérant est lui-même créancier d'un participant, il aura le droit d'agir dans les termes de l'article 1166 du Code civil; réciproquement, un participant créancier du gérant pourra exercer les droits de celui-ci contre un tiers qui serait son débiteur. Ce n'est pas une application du contrat de société qui pour le tiers, est et doit rester *res inter alios acta*; c'est l'application du droit commun, l'exercice du droit qui appartient à tout créancier d'exercer les actions de son débiteur. Conformément aux règles générales de l'action oblique, le participant poursuivi par un tiers pourra lui opposer toutes les exceptions et compensations qu'il aurait opposées au gérant agissant lui-même. En dehors du cas d'immixtion dans la gestion, qui a fait l'objet de nos précédentes observations, un tiers n'a contre les participants aucun droit de poursuite directe analogue à celui qui, dans une commandite, menace les commanditaires: n'ayant pas connu les participants au moment où il a traité avec le gérant, n'ayant pas suivi leur foi, il est équitable qu'il ne soit admis à leur adresser, personnellement et de son chef, aucune réclamation.

CHAPITRE V

Rapports des associés entre eux.

Dispositions du Code de commerce allemand.

Le Code de commerce allemand de 1897-1900 a fixé d'une façon précise quelques règles fondamentales touchant les droits et les pouvoirs du participant, tant vis-à-vis de ses coparticipants que vis-à-vis du gérant; nous les plaçons en tête de ce chapitre : elles nous permettront de classer plus facilement les solutions correspondantes du droit français, qu'aucun texte légal n'a formulées.

ART. 337. — « A la fin de chaque exercice, on fait le compte des gains et pertes, et la part de gain qui revient à l'associé tacite lui est payée.

« L'associé tacite ne contribue à la perte que pour le montant de son apport payé ou en retard. Il n'est pas tenu, en raison de pertes survenues ultérieurement, de restituer la part de gains qu'il a reçue; toutefois, tant que son apport se trouve diminué par suite de perte, le gain de l'année est employé à couvrir cette perte.

« Le gain qui n'a pas été touché par l'associé tacite n'est pas destiné à augmenter son apport, sauf conventions contraires. »

ART. 338. — « L'associé tacite peut demander com-

munication écrite du bilan annuel et en contrôler la sincérité par l'examen des livres et papiers.

« Les autres droits accordés par l'article 716 du Code civil à l'associé exclu de la gestion des affaires ne compétent pas à l'associé tacite.

« A la requête de l'associé tacite, le tribunal peut, s'il y a motifs graves, ordonner, à tout moment, la communication d'un bilan ou d'autres pièces justificatives, ainsi que la production des livres et papiers (1). »

*Silence du Code de commerce français.
Liberté des contractants.*

Notre Code de commerce n'aborde, au contraire, la question des rapports créés entre les associés par le contrat de société en participation que pour indiquer qu'il s'en désintéresse et laisse entière sur ce point la liberté des conventions : « Ces associations... ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants (2). »

Ainsi, les associés organiseront comme ils l'entendent leurs relations réciproques et la marche de l'entreprise en vue de laquelle ils se sont réunis; il faut seulement qu'ils observent les règles générales essentielles à la validité du contrat de société et qu'ils évitent, d'autre part, toute clause qui tendrait à revêtir leur société d'une personnalité distincte de la leur et à révéler son existence aux tiers. Entre ces deux barrières, ils peuvent se mouvoir à leur gré.

(1) *Code de commerce allemand*, traduction Viatte.

(2) Article 48, Code de commerce, cité *suprà*, chap. I

Alors que l'« associé tacite » du droit allemand n'est nécessairement qu'un commanditaire tacite, « ne contribuant à la perte que pour le montant de son apport payé ou en retard », rien n'interdit au participant du droit français de prendre à sa charge, vis-à-vis de ses coassociés, une portion déterminée des pertes éventuelles, sans limiter sa contribution à un chiffre donné. Il est possible que son apport initial ne représente que sa part dans la première mise de fonds, et qu'il reste engagé à supporter les charges à venir dans une proportion fixée par le contrat. Le gérant est seul connu des tiers et seul exposé à leurs poursuites; mais, dans le règlement des comptes sociaux, chaque participant sera tenu d'une part des pertes sur l'ensemble de ses biens : au lieu de dérober aux risques de l'entreprise commune et son patrimoine et son nom, il n'y aura dérobé que son nom. Ce ne sera pas, sans doute, la combinaison la plus fréquente : le plus souvent, le participant aura, comme un commanditaire, limité son risque à un certain chiffre; il n'en existe pas moins, dans la pratique, des exemples de l'organisation que nous venons d'esquisser, et elle ne soulève aucune objection au point de vue juridique.

Proportions d'intérêt.

Toutes les combinaisons sont, d'ailleurs, légitimes : la loi, qui les aurait suffisamment permises en ne les défendant point, les a expressément autorisées dans le passage, que nous venons de rappeler, de l'article 48 du Code de Commerce. Les contractants fixeront donc à leur guise la

participation de chacun d'eux aux bénéfices et aux pertes : la participation aux pertes sera proportionnelle à la participation aux bénéfices, si le contrat n'en dispose pas autrement (1); mais il peut en disposer autrement. La seule exigence de la loi, c'est qu'aucun associé ne soit assez avantageé pour être en réalité complètement soustrait aux pertes, ni assez désavantagé pour être complètement exclu des bénéfices; sur ce point, le droit commun français des sociétés impose aux fondateurs d'une participation des obligations plus étroites que celles qui résultent des textes spéciaux du droit allemand : nous avons vu, en effet, que, si ces textes ne permettent pas que l'associé tacite soit entièrement exclu des bénéfices, ils permettent qu'il soit entièrement soustrait aux pertes (*Code du commerce allemand*, art. 336) (2).

Dans le silence des statuts, venons-nous de dire, la participation aux pertes sera proportionnelle à la participation aux bénéfices. Cette règle ne soulève ni controverse, ni difficulté, lorsqu'il s'agit de répartir la charge des pertes entre associés dont les apports sont de même sorte : apports en espèces, ou, au contraire, apports en nature. Mais il n'en est pas de même lorsque la question se pose entre un apporteur en espèces et un apporteur en nature : la plupart des arrêts jugent alors que le capital-espèces doit être considéré comme entièrement risqué dans l'entreprise et que, quand les opérations d'une participation se liquident en définitive par des pertes, ces pertes ne

(1) Cf. HOUFIN, *Traité des Sociétés*. 3^e édit., n. 125; Paris, 17 juin 1901 (J. S., 1902, p. 56).

(2) Cf *suprà*, chap. I.

commencent à peser sur les apports en nature qu'une fois le capital-espèces intégralement épuisé ; pas plus que dans les sociétés en commandite, la jurisprudence ne veut admettre, avant l'extinction complète du passif, la restitution partielle d'une mise pécuniaire, à moins, bien entendu, que les statuts ne se soient clairement expliqués en ce sens. Ce système des arrêts est généralement désapprouvé par la doctrine, qui le tient pour contraire, le plus souvent, à la véritable intention des parties (1).

A plus forte raison — et de ceci personne ne lui fait grief — la jurisprudence se montre-t-elle réfractaire à toutes combinaisons par lesquelles un participant, prétendant avoir été trompé sur la valeur de l'entreprise, chercherait à obtenir la restitution de son apport, lorsque l'affaire a été malheureuse : elle est, en pareil cas, très-exigeante quant à la preuve des fraudes alléguées par l'associé déçu (2).

Limitation de la règle « res perit domino ».

A l'inverse, il convient aussi d'éviter qu'un des associés supporte dans les pertes une part supérieure à celle qui lui incombe : si l'apport de cet associé vient à être perdu en tout ou en partie, et si cet apport était resté sa propriété, conformément au principe général, ne va-t-il pas se trouver seul atteint, par application de la règle *res*

(1) Cf. Amiens, 23 déc. 1899 (*J. S.*, 1901, p. 250); Cass., 25 juin 1902 (*J. S.*, 1903, p. 396); Rouen, 17 mai 1903 et la note (*J. S.*, 1906, p. 63); HOUPIŒ, *Traité des Sociétés*, n. 127, avec les décisions et autorités citées.

(2) Cf. Lyon, 29 janv. 1907 (*Monit. Lyon*, 8 mars 1907).

perit domino? La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour répondre : non ; elles estiment avec raison qu'un tel résultat serait contraire à l'économie du contrat de société, et elles limitent le domaine de la règle : *res perit domino*. La règle s'appliquera « lorsque la perte de la chose fournie par un des participants provient d'un cas fortuit ou d'un fait étranger à la négociation » ; mais « la solution est toute différente, lorsque la perte procède d'événements ou de risques attachés aux opérations mêmes pour lesquelles l'association a eu lieu : dans ces conditions, la perte doit entrer dans le passif commun et se répartir entre les associés (1) ».

Pouvoirs des associés.

De même, les contractants règlent comme ils le veulent leurs pouvoirs respectifs, l'étendue de ces pouvoirs et leur mode d'exercice : il faut seulement qu'aucun d'entre eux ne soit assez privé de tout droit de contrôle sur la marche des affaires communes pour apparaître comme n'apportant pas à l'entreprise une collaboration véritable : il lui manquerait alors un des attributs essentiels du titre d'associé, et il ne serait, au fond, qu'un prêteur d'argent ayant droit à une part de bénéfices (2).

Souvent les statuts prévoient qu'avant d'accomplir

(1) Poitiers, 8 déc. 1892 (sous Req., 27 juin 1894, S., 98. 1. 460) ; Cf. LYON-CAEN et RENAULT, *Droit commercial*, t. II, n. 1061 ; HOUPIŒ, *Traité des Sociétés*, t. I, n. 241, p. 190 ; PONT, *Sociétés*, t. II, n. 1831, 1832 ; POULLE, *Association en participation*, n. 161 et suiv. ; RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial*, v^o *Société en Participation*, n. 36 ; MOLINIER, *Droit commercial*, n. 608.

(2) Cf. *supra*, chap. II.

certaines actes importants, le gérant devra s'y faire autoriser par les participants ; en outre, une décision des associés est nécessaire, lorsqu'il s'agit de prendre une mesure concernant la gérance elle-même (modification des pouvoirs du gérant ; révocation du gérant ; son remplacement, s'il est révoqué, s'il meurt, s'il est déclaré en faillite, etc.). Les statuts indiquent de quelle manière la volonté des associés se formera et se manifestera, si leurs décisions seront prises à l'unanimité ou à la majorité. Il faut, à ce sujet, éviter une confusion : divers arrêts qui ont jugé que de prétendues participations étaient en réalité des sociétés par actions (1) ont relevé, entre autres preuves, le fait qu'il était tenu des assemblées générales d'actionnaires ; ce fait ne pouvait revêtir une telle signification que rapproché d'autres et envisagé comme une partie d'un ensemble ; la société par actions comporte des assemblées générales : c'est un de ses caractères, et par conséquent ce peut être un indice qui, joint à d'autres, aidera à la reconnaître. Mais il ne s'en suit pas que, dans des sociétés d'une nature différente, il ne soit pas loisible aux associés de se réunir pour statuer sur certaines questions : spécialement les membres d'une participation ont le droit de prévoir qu'ils se réuniront, soit dans des cas déterminés, soit à des dates fixes ; il suffira qu'ils le fassent avec assez de discrétion pour ne pas révéler au public l'existence du lien social qui les unit.

Si les statuts disposent que les décisions seront prises à la majorité, il y a là une clause parfaitement licite et

(1) Cf. *suprà*, chap. III.

valable, qui oblige d'une façon absolue tous les associés. Le tribunal de commerce de la Seine a eu l'occasion de le déclarer dans une espèce bien caractéristique : Une participation s'était formée pour l'exploitation de brevets d'invention ; ses statuts stipulaient que les décisions intéressant l'association, et celles concernant sa dissolution ou sa transformation seraient prises à la majorité absolue, chacun des associés ayant un nombre de voix proportionnel à sa participation dans les bénéfices. Or, l'associé titulaire des brevets ayant désapprouvé certains actes résolus par la majorité, émit la prétention de refuser à ces actes son concours nécessaire et de révoquer la procuration générale qu'il avait donnée au gérant ; le tribunal de commerce lui en a formellement dénié le droit, il ne lui a pas permis de faire échec aux volontés d'une majorité dont il a accepté le principe en adhérant aux statuts, ni de révoquer par sa seule volonté une procuration qu'il avait donnée dans l'intérêt commun (1).

Règlements de comptes.

La société en participation, créant une communauté d'intérêts, donne lieu à des règlements de comptes, comme toute société. Ce qui lui est particulier, c'est que le règlement des comptes y constitue l'essentiel des droits et des obligations de l'associé ; l'associé ne peut être amené à exercer ou à subir une poursuite qu'en vertu des comptes sociaux. Il n'a ni droits ni obligations à l'égard

(1) Trib. comm. Seine, 19 oct. 1908 (*Journ. trib. comm.*, 1910, p. 117).

des tiers, qui l'ignorent ; il n'en a pas davantage à l'égard d'une personnalité collective qui n'existe pas ; il n'en a donc qu'à l'égard de ses cocontractants, c'est-à-dire le gérant et les autres participants. Ces droits ou ces obligations ne peuvent être mis au jour que par l'apurement des comptes : aussi les statuts organiseront-ils des règlements périodiques, et un règlement définitif s'imposera lorsque la société terminera ses opérations.

Quel que soit le régime adopté, soit que chaque participant conserve la propriété de son apport, ce qui est le droit commun, soit qu'il la transfère au gérant, soit qu'un régime de copropriété soit institué pour tout ou partie des apports, c'est toujours en un règlement de comptes que se résoudront les relations des contractants.

Notre loi n'a pas pris soin de spécifier, comme l'article 338 du Code de commerce allemand, que le participant « peut demander communication écrite du bilan annuel et en contrôler la sincérité par l'examen des livres et papiers » ; mais, même si les statuts n'ont pas suppléé au silence de la loi, le participant puise dans sa qualité d'associé le droit de ne pas accepter sans pièces justificatives les comptes d'une entreprise qui est en partie la sienne ; il peut réclamer, à l'appui de chaque règlement, la production des livres et des papiers de la société. Il est aussi recevable à faire ordonner cette production par les tribunaux, à tout moment, lorsqu'il invoque un motif suffisant : sur ce point non plus son droit n'est pas douteux. Ce n'est qu'une application de la règle générale posée par l'article 14 du Code de commerce : « La communication des livres et inventaires ne peut être ordon-

née en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite. » Le partage de société dont parle ici la loi n'est pas seulement le partage final qui suit la dissolution et la liquidation de la société : c'est aussi le partage périodique que constitue la répartition annuelle des bénéfices et des pertes; si cette répartition donne lieu à des difficultés judiciaires, le juge peut ordonner, sur la demande d'un associé, la communication des livres.

Tant qu'un compte n'est pas réglé, ceux qui y sont intéressés ne peuvent pas en devancer les résultats et agir comme créanciers, fût-ce comme créanciers à terme ou sous condition : ils ne sont pas titulaires d'une créance, même à terme ou conditionnelle; ils n'ont qu'une créance purement éventuelle, à laquelle des droits ne sauraient être attachés, tant que le règlement du compte ne lui a pas donné l'existence. Il en résulte qu'un participant n'a pas qualité pour demander la mise en faillite du gérant, ou d'un de ses coassociés, si un compte actuellement apuré ne le fait pas ressortir créancier (1).

Sûretés pouvant garantir les créances des associés.

Les créances des participants contre le gérant, et celles des uns contre les autres, ne bénéficient d'aucun privilège; la participation ne crée que des rapports d'individus à individus; elle ne crée pas un être distinct auquel

(1) Req., 9 févr. 1903 (*J. S.*, 1904, p. 55); Cf. Trib. comm. Seine, 19 mai 1899 (*Gaz. Pal.*, Table quinquen. 1897-1902, v° *Faillite*, n. 127; Amiens, 5 févr. 1875 (*D. P.*, 76. 2. 221); Cass., 5 mars 1879 (*D. P.*, 79. 1. 250).

puisse être constitué un patrimoine qui aurait ses créanciers à lui : les participants créanciers du gérant viennent en concurrence avec les tiers, et leur condition n'est ni meilleure ni pire; ils ne passent pas avant eux; ils ne passent pas non plus après eux, comme y sont contraints les membres d'une société personne morale, qui ne récupèrent leurs apports qu'une fois les créanciers sociaux intégralement payés (1). De même, un participant créancier d'un de ses coassociés vient en concurrence avec les autres créanciers personnels de celui-ci.

Faut-il en conclure que la créance d'un associé dans la société ne puisse être assortie d'une garantie? On l'a soutenu, en disant qu'une garantie, couvrant la restitution de l'apport, aurait pour effet de mettre cet apport à l'abri de toute contribution aux pertes, ce qui serait une violation de l'article 1855 du Code civil (2). C'est aller trop loin : prétendre s'assurer, quoi qu'il arrive, la restitution intégrale de son apport serait une infraction à l'article 1855 du Code civil; mais garantir par un gage ou par une hypothèque le recouvrement de la créance qu'on aura lors du règlement définitif des comptes est une précaution légitime : si l'on n'a fait qu'un apport en jouissance, en conservant la propriété du capital versé, on peut prendre des sûretés pour le remboursement de ce capital; si l'on a fait un apport en propriété, on peut se garantir pour l'avenir la restitution de cet apport, étant

(1) Un arrêt de la Cour de cassation du 17 août 1864 (D. P., 65, 1. 302), qui avait jugé le contraire, doit être considéré comme une erreur aujourd'hui abandonnée.

(2) Cf. Trib. civ. Vervins, 31 juillet 1902, cité *suprà*, chap. II et la note (D. P., 1903, 2. 426).

bien entendu qu'elle n'aura lieu que sous déduction de la part qu'on doit supporter dans les pertes : c'est la créance ainsi ramenée à sa valeur finale qui sera garantie, et, si la contribution aux pertes venait à absorber la totalité de l'apport, la sûreté tomberait avec la créance elle-même (1).

Droit des participants en cas de faillite du gérant.

Si le gérant est mis en faillite, les participants ont, nous l'avons vu (2), le droit de produire à la faillite pour le montant de leurs créances. Leurs créances, ce seront celles que feront ressortir les comptes sociaux, le montant de leurs apports respectifs, déduction faite de leur part contributoire aux pertes. On a quelquefois soutenu que cette déduction ne devait pas être opérée; les tiers, a-t-on dit, ignorent la société; comment, dès lors, obligeraient-ils les participants à tenir compte de leur part dans ses charges? Ce raisonnement ne résiste pas à la réflexion. En vertu de quel titre les participants produisent-ils à la faillite, sinon en vertu du contrat de société? Ils le révèlent, puisqu'ils s'en réclament, et, s'en réclamant, comment ne l'exécuteraient-ils pas dans la mesure où il les engage? (3).

Il peut arriver que le compte à faire entre le gérant et les participants présente des difficultés, et qu'il doive

(1) Cf. Req., 18 nov. 1893 (D. P., 96. 1. 34).

(2) Cf. *suprà*, chap. I.

(3) V. DALLOZ, *Jurispr. génér.*, Suppl., v^o *Faillite*, n. 227; Poitiers, 22 déc. 1887, infirmant un jugement du Tribunal de commerce de La Rochelle (S. 88. 2. 1). et la note de M. Lyon-Caen.

durer plus longtemps que le règlement de la faillite. Faudra-t-il alors sauvegarder les droits du participant par une collocation provisoire? On ne refuse pas cette sécurité au titulaire d'une créance conditionnelle : si son débiteur tombe en faillite avant l'événement de la condition, on admet qu'il peut être colloqué pour le montant de sa créance, à charge par lui d'en donner caution ou de le déposer à la Caisse des dépôts et consignations. Pourquoi traiterait-on plus mal le participant, dans l'hypothèse qui nous occupe? Il n'est pas un créancier conditionnel; mais il est quelque chose de plus; ce serait une erreur de soutenir qu'il n'est qu'un créancier éventuel : son droit n'est subordonné ni aux hasards de l'avenir ni à la réalisation, plus déterminée, d'un événement futur et incertain. Son droit n'est pas démontré, il faut le soumettre à une vérification matérielle; mais s'il existe, il existe actuellement; ce n'est pas un droit à naître, c'est un droit né et actuel. Comment, dès lors, lui refuser une sûreté qu'on accorde à un droit conditionnel? Quant à l'évaluation de la créance, qui servira de base à la collocation provisoire, il est naturel de la fixer au montant de la mise; c'est son maximum, dès l'instant où il est certain qu'il n'y a pas eu de bénéfices.

Nature du droit de l'associé.

En règle générale, le droit d'un participant est de nature purement mobilière, puisqu'il se résout en un droit à des comptes. D'ailleurs, un texte précis déclare qu'une part sociale est un bien mobilier; c'est l'article 529 du

Code civil (1) : « Sont meubles par la détermination de la loi :... les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies; ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. »

La nature mobilière du droit de l'associé a des conséquences diverses. D'abord, si ce droit est l'objet d'une cession, la taxe d'enregistrement ne sera pas celle des mutations immobilières, c'est-à-dire la taxe onéreuse de 4 0/0, augmentée des décimes et du droit de transcription; ce sera la taxe de faveur de 0,50 0/0, inférieure même à la taxe normale des cessions de créances (loi du 22 frimaire an VII, article 69, § 2, 6°; lois du 23 juin 1857 et suivantes). En second lieu, si un associé se marie sous le régime de la communauté légale, sa part sociale tombe en communauté (article 1401 du Code civil). Enfin, les hypothèques grevant l'ensemble de ses biens, hypothèque judiciaire, hypothèque de la femme mariée, hypothèque du pupille sur les biens de son tuteur, n'atteignent pas la quote-part qui doit lui revenir dans les immeubles sociaux; cette quote-part n'est pas susceptible d'hypothèque. En revanche, le droit de l'associé peut être donné en nantissement, pourvu qu'il ait été reconnu cessible : il y a lieu alors d'employer les formes du gage, telles que les règle l'article 91 du Code de commerce.

Lorsqu'un immeuble est affecté au fonctionnement

(1) Cf. THALLER, *Précis de droit commercial*, 2^e édit., n. 277, p. 167.

d'une participation, qu'en résultera-t-il, au point de vue de la nature du droit d'un participant? Trois situations sont possibles: ou bien le participant a fait apport de l'immeuble, en en conservant la propriété: alors son droit dans la société sera bien mobilier, mais son droit de propriété sur l'immeuble restera nécessairement immobilier; ou bien la propriété de l'immeuble aura été attribuée au gérant: alors le participant n'aura d'autre droit que son droit social proprement dit, droit mobilier; ou bien un régime de copropriété aura été établi entre les associés: alors le droit de chacun sera mobilier dans son ensemble, et immobilier en tant qu'il porte sur une quote-part de l'immeuble.

Transmission des parts sociales.

Nous nous sommes expliqués sur la question de savoir si une participation peut être une société par actions (1), et nous nous sommes rangés du côté de la jurisprudence, qui se prononce dans le sens de la négative. Mais ce n'est pas là une solution complète: il reste à déterminer quel criterium permettra de distinguer une société par actions d'une société par intérêts. Il y a des situations nettement tranchées, qui ne laissent place à aucune hésitation: une part sociale qui ne peut être transmise à un tiers que moyennant le consentement unanime des coassociés est une part d'intérêt; une part représentée par un titre négociable (titre à ordre, titre nominatif ou titre au

(1) Cf. *suprà*, chap. III.

porteur), c'est-à-dire pouvant être cédée sans le consentement des associés et sans l'observation des formalités de l'article 1690 du Code civil, est une action. Il se présente des cas intermédiaires, moins faciles à qualifier : il arrive que les statuts permettent de se passer du consentement des associés, mais ne dispensent point la cession de parts des formalités de l'article 1690 du Code civil; ou bien, on aurait le droit de constituer une société, dont tous les membres ne seraient engagés que jusqu'à concurrence de leur mise, comme les actionnaires d'une société anonyme, mais dont les parts seraient incessibles, ou cessibles seulement dans les formes de l'article 1690 du Code civil (1).

Une controverse ancienne est ouverte sur le criterium distinctif de l'action et de l'intérêt; la jurisprudence n'y a apporté aucun élément utile; elle n'a rendu que des décisions d'espèces, et, si l'on cherchait à en dégager un principe, on les trouverait contradictoires entre elles (2). Dans la doctrine, divers systèmes ont été proposés, et l'on ne saurait dire qu'aucun l'ait nettement emporté sur les autres. Pour M. Boistel, le caractère spécifique de l'action est la négociabilité (3); MM. Lyon-Caen et Renault (4) étendent davantage le domaine de l'action : selon eux, est une action non pas seulement toute part sociale négociable, mais toute part sociale représentée

(1) Cf. THALLER, *Précis de droit commercial*, 2^e édit., n. 600 et suiv., p. 327 et suiv.

(2) Cf. Req., 9 févr. 1887 (D. P., 87. 4. 439); Civ., 10 août 1887 (D. P., 87. 4. 440).

(3) BOISTEL, *Droit commercial*, n. 218 et suiv.

(4) *Traité de droit commercial*, t. II, n^{os} 514 et suiv.

par un titre susceptible d'un trafic courant et ordinaire, ce trafic fût-il soumis aux formes du droit civil; c'est la définition que soutenait M. Beudant, dans une longue polémique qu'il eut jadis avec M. Batbie (1). M. Batbie, lui, écartait comme secondaires toutes ces questions de plus ou de moins dans la facilité du trafic des parts sociales; il ne considérait que le fond du droit; une part peut-elle, sous une forme ou sous une autre, être cédée à un tiers, sans le consentement des coassociés? Si oui, elle sort du droit commun du contrat de société, elle est une action; et la société constituée sur une telle base est soumise aux réglementations exceptionnelles de la loi de 1867. Ce système est celui qu'adopte aujourd'hui M. le professeur Thaller (2); c'est lui que soutint également M. Emile Ollivier au Corps Législatif, lors de la discussion des articles 26 et 48 de la loi du 24 juillet 1867 (3). C'est à lui que nous nous rallions; il nous semble, en effet, comme nous l'avons indiqué plus haut (4), que l'*intuitus personæ*, et, par suite, l'incessibilité des parts sociales, est de la nature de la société, et que toute société formée selon d'autres principes doit être soumise à un régime d'exception.

Tout au plus proposerons-nous une atténuation à la formule de M. le professeur Thaller : pour qu'une société cesse d'être une société par intérêts, il lui suffit que les

(1) *Revue critique*, t. XXXIV, p. 135 et suiv., 328 et suiv., 402 et suiv., 413 et suiv.

(2) *Précis de droit commercial*, 2^e édit., n. 607, V. conf. BRAVARD, *Traité*, t. I, p. 261.

(3) *Moniteur* des 6 et 9 juin 1867.

(4) Cf. *suprà*, chap. III.

parts puissent être cédées sans le consentement *unanime* des associés; faut-il dire « unanime »? la règle de l'art. 1861 C. civ. n'est-elle pas respectée, et par conséquent la société n'est-elle pas une société par intérêts, dès qu'un associé ne peut point y être remplacé sans l'assentiment social, cet assentiment social étant donné soit par l'unanimité, soit par une majorité que régleraient les statuts? Il arrive que, dans des sociétés qualifiées sociétés en commandite simple, les commanditaires soient autorisés à céder leurs parts moyennant le consentement du commandité : ne serait-il pas d'une rigueur excessive de dire que ces sociétés sont en réalité des commandites par actions, soumises aux exigences de la loi de 1867? et la volonté du commandité, seul engagé sur tous ses biens, ne peut-elle pas être légitimement considérée comme constituant la volonté sociale?

Appliquant à la participation les principes que nous venons d'indiquer, nous dirons donc que les statuts régleront librement le droit pour les participants de céder leurs parts, pourvu qu'ils ne leur permettent pas de le faire sans l'assentiment de leurs coassociés : soit de tous leurs coassociés, soit de la majorité d'entre eux, soit du gérant, assisté ou non de la majorité des participants.

Il convient de réserver, comme d'ailleurs dans toute société, la liberté complète qui appartient au participant de traiter avec un croupier : la convention ne porte pas alors sur la qualité d'associé du cédant, elle ne transfère pas à un tiers ses pouvoirs de contrôle; elle ne porte que sur sa créance de bénéfices, et encore, dans cette mesure, n'a-t-elle d'effet qu'entre les deux contractants; elle n'est

opposable ni au gérant ni aux coparticipants du cédant ; le croupier n'acquiert contre eux aucune action directe ; il ne peut les rechercher, le cas échéant, qu'au moyen de l'action oblique de l'art. 1166 C. civ. (1).

(1) Cf. Lyon, 20 mars 1906 (*Monit. de Lyon*, 28 nov. 1906) ; cet arrêt donne, dans la première partie de ses motifs, une définition très exacte de la convention de croupier ; il se contredit ensuite, en admettant, à titre d'action directe, l'action dirigée par le croupier contre les associés de son cédant.

CHAPITRE VI

Administration de la société en participation. Le gérant.

Qui peut être gérant.

Le plus souvent, la situation du gérant d'une participation est semblable à celle du commandité d'une société en commandite : ce n'est pas seulement vis-à-vis des tiers qu'il est personnellement engagé ; c'est aussi dans les rapports entre associés que seul il est tenu du passif commun sur l'ensemble de son patrimoine ; les participants ont limité leur risque à une somme donnée ; ils sont les auxiliaires, et le gérant est le véritable intéressé.

C'est la forme normale de la participation, et c'est en somme pour cela qu'elle est faite ; mais nous avons vu, au chapitre précédent, qu'elle peut néanmoins revêtir d'autres formes ; il arrive qu'entre eux les associés soient engagés sur tous leurs biens et qu'à l'intérieur de la société le gérant ne soit qu'un associé semblable aux autres. Il arrive aussi que le gérant ne soit pas un associé ; il est alors le mandataire commun des participants : il sera personnellement créancier et débiteur des tiers, mais le groupement occulte pour lequel il agit recevra de lui les gains et devra le couvrir des pertes.

Le gérant est une personne physique ou une personne

morale ; quelquefois, plusieurs sociétés, douées respectivement de la personnalité morale, forment entre elles une participation, en vue d'une entreprise commune ; et c'est l'une d'elles qui alors est généralement désignée comme gérante de cette participation. Il peut arriver que la gérance soit partagée entre tous les associés, sans que la société se trouve pour cela connue du public ; c'est ce qui s'était produit dans une espèce jugée par la Cour de Rennes, le 28 janvier 1856 (1). Quatre maisons de roulage avaient, pour mettre fin à leur concurrence, décidé de s'associer ; mais chacun des associés restait à la tête de l'entreprise qu'il avait jusqu'alors dirigée, et, aux yeux du public, rien n'était changé ; en vertu de la convention demeurée secrète, chacun exploitait pour le compte commun, au lieu d'exploiter dans son intérêt personnel.

Nomination et révocation du gérant.

La désignation du gérant est un élément, et un élément essentiel, du contrat même de société : le contrat ne peut pas être complet sans cette désignation ; on ne conçoit pour une participation aucune sorte de fonctionnement, en dehors de la présence et de l'action d'un gérant. N'ayant pas d'existence propre, et devant toujours disparaître aux yeux des tiers derrière le gérant, elle n'est entièrement constituée et ne naît viable que si elle est pourvue de cet organe nécessaire.

Le gérant d'une participation est donc un gérant statutaire ; son choix est un des points sur lesquels les con-

(1) S. 57. 2. 10.

tractants ont eu à se mettre d'accord; il est l'œuvre de leur volonté collective. Aussi est-ce cette même volonté collective qui seule a le droit de défaire ce qu'elle a fait; en principe, le gérant ne peut être révoqué que par l'unanimité des associés (1). Toutefois, il est possible que les statuts attribuent à une majorité déterminée par eux le pouvoir de révocation.

Une difficulté se présenterait, si le gérant révoqué ne s'inclinait pas devant la mesure qui le frappe et continuait en fait à traiter les affaires constituant l'objet de la société; aucune créance ne pourrait en résulter à son profit contre les participants; mais, s'il retenait des choses apportées par les associés et en disposait, la validité de ses actes serait inattaquable à l'égard des tiers qui auraient contracté avec lui; n'ayant jamais connu sa qualité, ils ignorent nécessairement qu'il l'a perdue, et sa révocation ne saurait leur être opposée.

Le plus souvent, la révocation du gérant ou son décès entraîne la dissolution de la société; l'affaire se confond avec l'homme qui, vis-à-vis des tiers, en apparaît comme le maître unique et qui, dans les rapports entre associés, est aussi, en général, le principal intéressé. Là encore, la règle n'est pas sans exceptions; certains statuts prévoient le remplacement du gérant; si l'éventualité se réalise, et si les intérêts de la participation sont effectivement remis en de nouvelles mains, les tiers croiront être en présence d'une individualité succédant à une autre dans l'exercice d'un commerce.

(1) Cf. Trib. comm. Lyon, 7 janv. 1904 (*Gaz. comm. Lyon*, 5 mai 1904).

Pouvoirs du gérant.

Dans ses relations avec les tiers, les pouvoirs du gérant sont absolus: les tiers le tiennent pour le propriétaire de l'entreprise; ils n'ont pas à supposer que ses droits y aient une limite quelconque.

A l'intérieur de la société, des limites existent: le contrôle qui appartient aux participants, et qui est un attribut de leur qualité d'associés, restreint la liberté du gérant dans une mesure que précisent les statuts. L'approbation préalable des participants peut être requise pour certains actes importants; mais de telles clauses sont sans sanction opposable aux tiers; elles sont occultes comme le pacte social tout entier, et la validité d'un acte accompli en violation de leurs exigences ne saurait être attaquée. L'abus de pouvoir du gérant n'aura d'autres conséquences que des dommages-intérêts à sa charge, s'il en est résulté un préjudice pour ses associés, et sa révocation, au cas où les statuts en auraient ainsi disposé.

La situation est la même en ce qui concerne le droit de disposition du gérant sur les apports des participants; nous avons vu qu'en principe, et sauf convention contraire, ces apports ne deviennent pas la propriété du gérant, mais restent, au contraire, celle de leurs auteurs respectifs (1). Il n'en est pas moins vrai que, vis-à-vis des tiers, le gérant doit avoir la libre disposition de tous objets affectés au fonctionnement de l'entreprise commune; l'aliénation qu'il en consentirait ne serait pas

(1) Cf. *suprà*, chap. I.

annulable comme ayant porté sur la chose d'autrui; là encore, l'excès de pouvoirs ne comporte que des sanctions à l'intérieur de la société : dommages-intérêts et, le cas échéant, révocation (1).

En dehors de l'excès de pouvoirs, le gérant engage aussi sa responsabilité envers les associés, s'il commet des fautes de gestion; il doit apporter à sa gestion les soins d'un bon père de famille; les juges du fait apprécient souverainement le principe et la mesure de sa responsabilité (2).

Question du cours des intérêts.

Si le gérant a fait, de ses deniers personnels, une avance dans l'intérêt commun, quand commenceront à courir les intérêts de sa créance contre les participants? Dans les sociétés pourvues de la personnalité morale, l'associé qui a déboursé une somme pour la société est présumé son mandataire: par application de l'article 2001 du Code civil, il a droit aux intérêts à partir du jour même de l'avance (3). Dans les participations, la jurisprudence décide que la présomption de mandat disparaît, en raison de l'absence de personnalité de la société (4); dès lors, l'application de l'article 2001 du Code civil est

(1) Cass., 5 mai 1858 (D. P., 58. 1. 222; S., 59. 1. 223 et la note); Req., 24 mars 1903 (D. P., 1904. 1. 110).

(2) Cass., 8 juill. 1887 (*Pand. fr.*, 87. 1. 293).

(3) Cass., 21 juill. 1884 (S., 86. 1. 291); Cass., 26 mars 1901 (S., 1901. 1. 216).

(4) Cass., 11 mai 1857 (S., 57. 1. 843); *Contra* : Trib. comm. Marseille, 9 juin 1896 (*J. S.*, 97, p. 185).

écartée, et les intérêts de l'avance faite pour le compte commun ne courent que du jour d'une mise en demeure, conformément aux dispositions de l'article 1153 du Code civil. Le mandat ne se présume pas; mais si, en fait, la preuve de son existence était rapportée, il aurait tous ses effets habituels, et notamment l'article 2001 du Code civil retrouverait son application (1).

Dans la plupart des participations, il apparaît nettement que c'est bien un contrat de mandat qui lie les participants au gérant, associé ou non; et l'on s'explique mal les motifs qui, pour les cas moins clairs, ont amené la jurisprudence à écarter le mandat présumé; en quoi la présomption est-elle attachée à la personnalité de la société? et où est la difficulté de la faire jouer de la même manière, lorsque au lieu d'une société personnifiée, on est en présence d'un groupement occulte d'associés?

Le gérant, banquier des participants.

Les tribunaux ont été amenés, il y a quelques années, à examiner la validité et les conséquences d'une combinaison aux termes de laquelle les participants avaient remis leurs apports au gérant, à titre de banquier; celui-ci s'engageait à leur en servir l'intérêt à 6 %; les fonds qu'il toucherait pour le compte commun lui étaient confiés dans les mêmes conditions. C'était une clause de l'acte de société; elle n'avait rien que de licite. La même personne réunissait ainsi deux qualités; sa qualité de banquier apportait une sérieuse restriction à ses pouvoirs

(1) Cass., 20 juin 1881 (D. P., 83. 1. 262).

de gérant : débiteur — et débiteur commercial — des fonds avancés par les participants, ou touchés pour leur compte, il n'avait pas le droit de se libérer de sa dette, de renoncer à son rôle de banquier et de se décharger des intérêts avant l'échéance, si le contrat en fixait une; si le contrat n'en fixait pas, il ne pouvait se libérer sans le consentement de ses créanciers (1).

Dans l'espèce à laquelle nous faisons allusion, aucune échéance n'avait été fixée (2); le gérant-banquier avait voulu se libérer du dépôt des fonds, en le transférant à un établissement de crédit, qui ne devait servir qu'un intérêt de 1,50 %. Le tribunal de commerce de la Seine avait cru pouvoir déclarer que, la convention étant sans durée limitée, le gérant avait le droit d'agir ainsi quand il lui plaisait et sans aucune autorisation. C'était méconnaître les règles du prêt commercial; la Cour de Paris, puis la Cour de Cassation ont rétabli la vérité juridique, en constatant que l'approbation des participants était nécessaire; en fait, cette approbation avait d'ailleurs été donnée. A cette considération décisive et suffisante, la Cour de Cassation en a ajouté une autre, qui est erronée: elle a pensé qu'en perdant ses fonctions de banquier, le gérant avait perdu aussi, d'une façon partielle et momentanée, sa qualité même de gérant, qu'il s'était effacé devant les participants et que c'étaient eux-mêmes qui, en réalité, avaient procédé au dépôt dans l'établissement de crédit.

(1) Cf. Nancy, 10 juill. 1882 (S., 83. 2. 237); BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL, *Société, prêt, dépôt*, n. 782.

(2) Civ.-rej., 20 mars 1900 (S., 1902. 1. 321, et la note de M. Wahl; *Pand. fr.*, 1903, 1. 417, et la note de M. Boutaud).

Elle a oublié, en l'espèce, ses propres définitions; des rapports contractuels directs ne pouvaient pas naître entre les participants et l'établissement de crédit, qui les ignorait; il y avait superposition de deux contrats entièrement distincts : entre les participants et le gérant d'une part, entre le gérant et l'établissement de crédit d'autre part. Vis-à-vis des participants, le gérant restait seul débiteur des fonds; la Cour de Cassation a dit le contraire; elle a jugé que le gérant n'était plus débiteur, qu'en conséquence l'assignation ne faisait pas courir contre lui les intérêts moratoires et que, même après cette assignation, il continuait à ne devoir que les intérêts de 1,50 % reçus par lui-même de l'établissement de crédit. On serait arrivé au même résultat, par un raisonnement plus exact, en remarquant que les associés n'avaient pas encore contre lui de créance liquide, et qu'ils étaient alors en mesure d'exercer non pas une poursuite immédiate en restitution de fonds, mais une simple demande en reddition de comptes.

CHAPITRE VII

Dissolution et liquidation de la société en participation.

I. — DISSOLUTION

Dissolution résultant de la loi ou des statuts.

La société en participation se dissout par les mêmes causes que toute autre société : expiration du temps fixé, si elle n'avait été formée que pour une durée limitée ; consommation de la négociation, si elle n'avait en vue qu'une opération unique ou une série déterminée d'opérations ; perte de l'objet, perte totale, ou perte partielle assez grave pour que le fonctionnement de la société ne soit plus possible.

En principe, la mort de l'un des associés entraîne la dissolution de la participation ; c'est le droit commun, tel qu'il résulte de l'article 1865 du Code civil. Les statuts peuvent stipuler qu'à la mort de l'un des associés la société continuera, soit entre les survivants, soit entre les survivants et les héritiers de l'associé décédé ; les statuts peuvent aussi distinguer parmi les associés : la mort de tel d'entre eux entraînera la dissolution de la société, la mort de tel autre ne l'entraînera pas.

Dans beaucoup de participations, le décès du gérant

est une cause de dissolution, et celui d'un participant n'en est pas une : il en est surtout ainsi lorsque les participants ne sont pas engagés sur tous leurs biens, mais seulement jusqu'à concurrence de leur mise. Cette situation, qui chez nous n'est que le *plerumque fit*, est, dans le droit allemand, imposée par la loi : l'article 337 du Code de commerce allemand dispose que « l'associé tacite ne contribue à la perte que pour le montant de son apport payé ou en retard » et l'article 339 en tire cette conséquence que la « société n'est pas dissoute par la mort de l'associé tacite ».

La dérogation au principe de l'article 1865 du Code civil peut résulter valablement des statuts, sans y être expressément formulée; il en est ainsi « si la nature de la convention, le but et l'objet que se proposaient les associés excluent formellement que la mort de l'un d'eux doive avoir pour conséquence la dissolution de la société; il en résulte alors pour chacun un engagement de la continuer pendant le temps déterminé, qui constitue un droit ou une charge auxquels succèdent les héritiers majeurs ou mineurs sans distinction » (1). Dans l'espèce appréciée en ces termes par la Cour de cassation, une participation avait été formée pour l'exploitation de la ferme des droits de marchés de la ville de Saint-Denis, pendant vingt-cinq ans. Or, l'entreprise était grevée, à son début, de charges considérables : le fermier s'engageait à construire des halles qui représentaient une dépense estimée à 300.000 francs, et ces halles devaient devenir la pro-

(1) Req., 23 oct. 1906 (*Gaz. trib.*, Rec. 1907, 1^{er} sem., 1. 34).

priété de la ville de Saint-Denis, sans aucune indemnité, à l'expiration normale ou anticipée de la concession. Il était donc nécessaire que l'affaire, pour n'être pas ruineuse, durât réellement les vingt-cinq années prévues à l'adjudication : la durée de l'exploitation apparaissait comme une condition essentielle du pacte social, et, quoique les statuts n'en eussent rien dit, les héritiers d'un associé décédé avant le terme des vingt-cinq années étaient obligés de continuer la société et d'y recueillir la succession active et passive de leur auteur. Cette interprétation des statuts s'imposait d'autant plus qu'au jour de la formation de la société, le gérant, titulaire de l'adjudication, était âgé de soixante-huit ans et n'avait pu se croire assuré de conduire l'entreprise jusqu'à son terme final. C'est dans ces conditions que, malgré le silence de l'acte, les héritiers du gérant, tant majeurs que mineurs, ont été déclarés tenus de lui succéder dans la participation et mal fondés, en conséquence, à poursuivre la licitation d'immeubles indispensables au fonctionnement de cette société.

Dans les cas où la mort d'un associé entraîne la dissolution, son interdiction, sa mise en faillite ou sa déconfiture a le même résultat (1).

Dissolution anticipée.

En dehors de la dissolution normale, résultant de l'application de la loi ou des statuts, il peut intervenir une

(1) Cf., en ce qui concerne spécialement la déconfiture, Req., 18 janv. 1881 (D. P., 81. 1. 244).

dissolution anticipée : soit que les associés en constatent d'accord l'opportunité (leur accord devra être unanime, à moins que les statuts n'aient prévu comme suffisante une majorité déterminée), soit qu'un ou plusieurs d'entre eux fassent prononcer la dissolution judiciairement, en justifiant de motifs suffisants.

La jurisprudence admet, comme motif de dissolution anticipée, le fait que l'entreprise commune ne produit et ne paraît plus pouvoir produire aucun bénéfice, la production de bénéfices à partager étant l'objet nécessaire de toute société (1) ; il en est de même d'une mésintelligence irrémédiable entre les associés, cette mésintelligence rendant impossible la collaboration qui est l'essence du contrat (2).

Lorsque la participation a été formée sans durée limitée, l'article 1869 du Code civil ouvre à tout associé le droit de provoquer la dissolution, en manifestant la volonté de ne plus demeurer en société, pourvu que cette manifestation de volonté ne puisse être ni taxée de mauvaise foi ni considérée comme intempestive (3).

C'est le droit commun du contrat de société, mais c'est un privilège de ce contrat : d'une façon générale, lorsqu'il s'agit d'un autre contrat, les tribunaux n'admettent pas qu'une des parties en arrête l'exécution parce qu'elle est devenue difficile ou onéreuse. Dans une espèce récem-

(1) Caen, 7 juill. 1909 (*J. S.*, 1910, p. 316.)

(2) Douai, 28 juill. 1906 (*J. S.*, 1907, p. 434) ; Caen, 7 juill. 1909 précité.

(3) Douai, 28 juill. 1906, précité ; 22 janv. 1912 (*Gaz. trib.*, 24 avril 1912).

ment jugée par la Cour de Douai (1), deux commerçants vendant des produits similaires s'étaient entendus pour que l'un s'abstint de fournir une clientèle déterminée, l'autre s'engageant en retour à s'approvisionner exclusivement chez son cocontractant d'une certaine catégorie d'articles; aucune limite de temps n'était fixée. Au bout d'une année, l'un des signataires prétendit considérer comme résiliée la convention, dont le fonctionnement lui avait été préjudiciable; il eut gain de cause devant le tribunal de commerce d'Arras, et perdit ensuite son procès devant le cour de Douai. Mais les deux degrés de juridiction ne se sont contredits que sur la question de fait; sur le droit ils étaient d'accord : si le tribunal avait admis qu'une des parties prononçât la résiliation du contrat, c'est qu'il avait considéré celui-ci comme un contrat de société en participation; la cour estima au contraire qu'il n'y avait ni apports, ni production de bénéfices à partager, ni volonté réciproque de s'associer : ce n'était donc pas une société, mais un contrat innommé qui ne pouvait prendre fin par la volonté de l'une des parties, sous prétexte qu'il lui était onéreux; et la cour a ordonné, par ce motif, que l'exécution de la convention serait continuée.

II. — LIQUIDATION.

Absence d'une personnalité sociale pouvant survivre à la dissolution.

Quand une société est pourvue de la personnalité mo-

(1) Douai, 22 janv. 1912 (*Gaz. trib.*, 24 avr. 1912), précité. Cf. HOUPIŒ, *Traité des sociétés*, t. I, p. 220, n. 272.

rale, cette personnalité survit à la dissolution : elle se prolonge jusqu'à la fin de la liquidation, pour les besoins de celle-ci. Il ne saurait être question de rien de tel en matière de participations : elles n'avaient pas la personnalité pendant qu'elles fonctionnaient ; il est évident qu'elles ne l'ont pas davantage, une fois dissoutes (1).

La liquidation comporte deux ordres de travaux : l'achèvement des opérations en cours, puis le règlement des comptes entre les associés ; le liquidateur d'une société, qui a eu la personnalité morale et qui la garde, a tous les pouvoirs nécessaires à cette double mission : agissant au nom de la société, il est qualifié et auprès des tiers qui avaient traité avec elle, et auprès des associés qui n'auraient pas intégralement exécuté vis-à-vis d'elle leurs obligations. Il est impossible de donner à une participation un liquidateur investi de semblables pouvoirs : les tiers, qui n'ont jamais connu qu'un individu, le gérant, ne sauraient être ni admis à poursuivre ni contraints à reconnaître le représentant d'une personnalité collective qui n'a jamais existé pour eux. Les affaires en cours ne peuvent être terminées que par le gérant ou par ses représentants légaux : ses héritiers, s'il est mort ; son syndic ou son liquidateur, s'il a été mis personnellement en faillite ou en liquidation judiciaire. Cela n'est point douteux : si quelques décisions ont accueilli des instances engagées

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *Droit commercial*, t. II, n. 1070 ; HOUPIŒ, *Traité des sociétés*, t. I, n. 273 ; VAVASSEUR, *Sociétés commerciales*, 6^e édit., t. I, n. 257 ; POULLE, *Associations en participation*, n. 343 et suiv. — Paris, 22 nov. 1888 (*R. S.*, 1889, p. 188) ; 15 déc. 1889 (*R. S.*, 90, p. 135) ; 6 mars 1890 (*R. S.*, 1890, p. 255) ; Poitiers, 8 déc. 1892 (sous Req., 27 juin 1894, *S.*, 98. 1. 460).

ès-qualité par le liquidateur d'une participation, elles constituent des erreurs manifestes et sont en contradiction avec la définition même de la société en participation (1).

Il en est de même des comptes entre les associés : un expert peut bien être chargé de les apurer, de fixer les droits de chacun ; mais son rôle ne va pas plus loin : ayant apuré les comptes, il n'est pas compétent pour les régler. Il n'a pas le droit de poursuivre un associé qui ressortirait débiteur du gérant ou de ses coassociés : c'est aux intéressés seuls qu'il appartient d'agir individuellement, ou à leurs créanciers personnels exerçant l'action oblique de l'article 1166 du Code civil (2).

Concours des créanciers.

Il n'y a pas de créanciers sociaux, puisqu'il n'y a pas de patrimoine social : il n'y a que des créanciers du gérant. Aucune différence de traitement n'existe entre ceux dont les droits résultent des affaires que le gérant a suivies pour compte commun et ceux dont les droits résultent de ses affaires personnelles. Avec eux concourent aussi, sur le pied d'égalité, les participants, si les comptes laissent le gérant leur débiteur. Les uns et les autres, nous l'avons vu (3), ont pu valablement, sans distinction, assortir leurs créances d'une garantie.

(1) C'est le cas d'un arrêt de cassation du 5 février 1901 (D. P., 1902. 1. 41), rendu, il est vrai, dans une espèce où personne n'avait opposé le défaut de qualité du liquidateur.

(2) Cf. notamment, Bordeaux, 8 juill. 1889 (S., 90. 2. 208 et la note); Req., 7 mai 1902 (D. P., 1902. 1. 286).

(3) Cf. *suprà*, chap. v.

Un participant qui avait fait un apport dont il conservait la propriété a droit au remboursement de cet apport, déduction faite de sa part contributoire dans les pertes ; s'il n'avait pas entièrement effectué son apport, et si sa part dans les pertes dépasse la valeur déjà fournie par lui, il est débiteur du reliquat de cette part, soit envers le gérant, soit envers les coparticipants qui auraient payé à sa place.

Dans le cas où les participants ont aliéné la propriété de leurs apports, ils n'ont pas de revendication à exercer une fois la société dissoute ; s'il reste un actif, ils ont droit à une fraction déterminée par le pacte social ; si l'entreprise se solde en passif, les participants qui n'auraient pas intégralement versé leur mise, ou ceux qui, engagés sur l'ensemble de leurs biens, n'auraient pas payé toute leur part, seront débiteurs soit du gérant, soit de leurs coparticipants.

Il y aura lieu souvent à un établissement de comptes assez complexe : rien n'empêche, nous l'avons dit, qu'il soit confié à un expert, par décision des intéressés ou par autorité de justice ; mais, les droits de chacun étant fixés, c'est chaque créancier qui, individuellement, agira contre son débiteur.

Application de l'article 575 du Code de commerce en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du gérant.

Nous avons indiqué que les créanciers du gérant concouraient entre eux sans distinction, que leur créance vienne des affaires intéressant la participation ou des affaires personnelles au gérant, ou qu'ils s'agisse même de la créance d'un participant résultant des comptes sociaux.

Tous forment une masse unique, lorsque le gérant a été mis en faillite ou en liquidation judiciaire. Quels seront, vis-à-vis de cette masse, les droits d'un participant qui avait remis au gérant un apport en nature sans en aliéner la propriété? La question ne se pose que si l'objet existe encore dans le patrimoine du gérant, au jour de la mise en faillite ou en liquidation judiciaire; dans le cas contraire, en effet, le caractère occulte de la participation ne permet pas d'attaquer un acte de disposition auquel le gérant aurait procédé, et le prix touché par lui s'est définitivement incorporé à son patrimoine. Si l'objet existe, soit matériellement, soit représenté par la créance de son prix, qui ne serait pas encore payé, le participant resté propriétaire sera recevable à en exercer la revendication, conformément à l'article 575 du Code de commerce. Son droit ne s'éteindrait pas, si la masse vendait l'objet ou en recevait le prix encore dû : il deviendrait alors créancier de la masse pour la restitution de ce prix, et n'aurait pas à subir, par conséquent, le concours des créanciers qui la composent (1).

(1) Cass.-civ., 5 févr. 1901 (D. P., 1902. 1. 41).

CHAPITRE VIII

Questions fiscales

Impôt de 4 % sur le revenu des valeurs mobilières.

La loi du 29 juin 1872 soumet les intérêts, dividendes ou revenus des parts sociales à un impôt de 3 0/0 ; cet impôt a été élevé à 4 0/0 par la loi du 28 décembre 1890.

Aucune raison de droit ne permet de soustraire à cet impôt les sociétés en participation : le texte vise les parts sociales en termes absolument généraux, et il n'est pas douteux que les droits des associés d'une participation constituent des parts sociales (1). Mais il y a une difficulté de fait : comment le fisc connaîtra-t-il une société que tout le monde ignore et doit ignorer ? Le plus souvent, il ne la connaîtra pas ; lorsque, par accident, il viendra à la connaître, est-il juste de lui ouvrir une action contre ses membres, alors que la grande majorité des sociétés similaires échappe à son atteinte, non pas par une dissimulation calculée, mais en raison du caractère occulte qui est de leur essence même ?

En face de cette difficulté, l'attitude de l'Administration de l'Enregistrement n'a été ni très constante ni très nette : elle a longtemps considéré les revenus des parti-

(1) Cf. BESSON, *Traité pratique de la taxe de 3 % sur le revenu*, p. 91.

cipations comme exempts de l'impôt; puis, dans une espèce assez récente (1), elle a soutenu le système inverse. Elle l'a soutenu avec hésitation, et sans lui témoigner une grande confiance, car elle ne le produisait qu'à titre subsidiaire : elle s'attachait surtout à démontrer qu'en réalité il ne s'agissait pas d'une véritable participation, mais d'une commandite déguisée. Le Tribunal de Châtellerault, saisi du litige, a estimé que la société en cause était bien une participation : il a donc dû statuer sur le principe de l'application ou de la non-application de l'impôt de 4 % aux revenus de cet ordre de sociétés ; il s'est prononcé dans le sens de l'exemption. Outre l'argument que nous avons indiqué, — c'est-à-dire que « vouloir appliquer aux participations l'impôt sur le revenu serait édicter une mesure platonique et illusoire », — le jugement de Châtellerault s'est appuyé sur des motifs de textes qui nous semblent moins concluants : une loi du 1^{er} décembre 1875, interprétative de la loi du 29 juin 1872, a déchargé de l'impôt les associés en nom collectif et les commandités des sociétés en commandite ; elle ne parle pas de l'associé gérant des participations. C'est donc, conclut le tribunal, que le législateur de 1875 a considéré les participations comme n'étant pas atteintes par la loi de 1872 ; il est plus probable que, ni en 1872 ni en 1875, on n'a pensé à elles : elles n'ont jamais tenu dans les préoccupations législatives qu'une place des plus modestes. La loi, à notre avis, a omis de se prononcer sur leur cas ; mais leur nature même et la

(1) Trib. civ. Châtellerault, 17 déc. 1906 (*Le Droit*, 25 avril 1907.)

force des choses les soustraient, en règle générale, à l'action du fisc; aussi la décision du tribunal de Châtellerauld nous paraît-elle devoir être approuvée (1).

Droit d'Enregistrement de 0,20 %.

La loi du 28 avril 1893, dans son article 19, fixe à 0,20 % de la valeur des apports le droit d'enregistrement à percevoir sur les contrats de société. Lorsque la société est une participation, le contrat ne reçoit aucune publicité; aussi échappe-t-il au paiement du droit, l'Administration de l'Enregistrement n'en ayant point connaissance. Mais, s'il vient à être produit en justice, il est soumis à la règle commune : la loi du 22 frimaire an VII, article 23, dispose qu'il ne peut être fait usage en justice d'un acte sous seings privés, sans qu'il ait été préalablement enregistré; au cas où cet enregistrement préalable n'a pas eu lieu, le juge a le devoir d'ordonner l'enregistrement de l'acte qui lui est produit; l'article 16 de la loi

(1) Cf. Cass.-civ., 13 avr. 1886, impl. (D. P., 86. 1. 185. S. 87. 1. 181); Req., 9 févr. 1887, impl. (D. P., 87. 1. 439. S. 83. 1. 177); Lille, 20 mars 1880 (D. P., 80. 5. 389); Seine, 29 déc. 1882 (S. 87. 1. 181), même espèce que Cass., 13 avril 1886; Seine, 18 déc. 1885 (S. 88. 1. 177), même espèce que Req., 9 févr. 1887; Seine, 17 janv. 1890 (*Rép. pér. de l'Enregistr.*, n. 7386); Seine, 29 janv. 1892, impl. (S. 94. 1. 294); solution de la Direction générale de l'Enregistrement, 25 août 1879 (*Diction. des droits d'enreg.*, v^o *Actions et Obligations*, n. 620); 18 oct. 1881 (*Journ. de l'enreg.*, n. 21.821); DEMASURE, n. 200; TESTOUD. *Revue critique*, 1887, p. 79, et 1889, p. 178; WAHL, *Traité du régime fiscal des sociétés*, t. II, n. 1968. — *Contrà* : Solution de la direction générale de l'Enregistrement, 22 juin 1892 (*Journ. de l'enreg.*, n. 23.906; *Rep. pér. de l'enreg.*, n. 7926); DEMANTE, *Principes de l'enregistrement*, t. II, n. 523, p. 92; ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, t. II, n. 981; Mémoire de la Régie, sous Cass., 13 avril 1886 (*Rép. pér. de l'enreg.*, n. 6665).

du 23 août 1871 le lui prescrit formellement. Le contrat de participation sera donc enregistré, par autorité de justice, au taux de 0,20 % de la valeur des apports; les articles 29 et 30 de la loi du 22 frimaire an VII déclarent tenues envers le Trésor toutes les parties ayant figuré dans l'acte passible des droits : le juge mettra le payement à la charge de telle ou telle des parties, ou le répartira entre elles, selon les circonstances qui auront soit entouré la constitution de la société, soit amené la production du contrat en justice (1).

M. Demasure, dans son *Traité du régime fiscal des sociétés et des établissements publics* (n° 13), a émis l'opinion que la participation ne devrait être soumise au droit proportionnel que si les apports sont réunis entre les mains du gérant; dans le cas contraire, il estime qu'il n'y a pas mise en commun, telle que la prévoit l'art. 1832 du Code civil. Cette opinion est généralement repoussée; on lui objecte, avec raison, que la mise en commun des apports est un élément nécessaire de tout contrat de société, et qu'elle doit exister dans la participation comme dans les autres sociétés; cette mise en commun ne suppose pas obligatoirement la réunion matérielle des apports aux mains d'une seule personne :

(1) Cass.-civ., 30 déc. 1884 (D. P., 85. 1. 201, S., 86. 1. 321); 13 mars 1895 (S., 95. 1. 465); Trib. civ. Seine, 14 avril 1882 (S., 86. 1. 321); 19 nov. 1892 (S., 95. 1. 465); 10 déc. 1892 (*Rép. pér. de l'enreg.*, n. 8100); 23 mars 1907 (*J. S.*, 1908, p. 281). — D., *Rép.*, Suppl., v° *Enregistrement*, n. 1871; GARNIER, *Répertoire général de l'enregistrement*, v° *Société*, n. 120; ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, t. II, n. 964; *Traité alphabétique des droits d'enregistrement*, v° *Société*, n. 109-3; WAHL, *Traité du régime fiscal des sociétés*, t. I, n. 15.

il suffit que les apports soient employés dans un intérêt commun, qui est la production de bénéfices à partager (1).

Droit proportionnel de 2 % sur les transmissions de propriétés mobilières.

L'article 69, paragraphe 5, n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII soumet à un droit proportionnel de 2 % toute transmission de propriété de biens meubles; une exception a été introduite en faveur des actes de commerce : l'article 22 de la loi du 14 juin 1859 décide que ceux de ces actes qui, d'après la loi de frimaire an VII, donnent lieu au droit proportionnel seront enregistrés provisoirement au simple droit fixe de 3 francs; mais, lorsque interviendra sur eux un jugement portant condamnation ou reconnaissance, les droits proportionnels seront perçus. En conséquence, si un contrat de participation produit en justice comporte l'aliénation des apports, il y aura lieu d'appliquer, outre le droit de 0, 20 % de la valeur des apports, le droit qui frappe les transmissions de propriétés mobilières : en principe, le droit fixe; si le jugement porte condamnation ou reconnaissance, le droit de 2 % des valeurs ayant fait l'objet d'une transmission de propriété (2).

Quant à la cession d'une part d'intérêt dans une participation, le droit proportionnel auquel elle sera sou-

(1) Sur la propriété des apports, dans la participation, cf. *suprà*, chap. I.

(2) Trib. civ. Seine, 23 mars 1907, cité à la note précédente.

mise, le cas échéant, est-il le droit de vente habituel de 2 % ou le droit de faveur de 0, 50 %, institué par la loi de frimaire an VII et maintenu par la loi du 23 juin 1857 pour les cessions d'actions? Le tarif spécial de 0, 50 % ayant été étendu par la jurisprudence aux cessions de parts d'intérêt, il n'y a aucune raison pour n'en pas faire bénéficier les cessions de parts d'une participation : c'est ce qu'avait jugé d'abord la Cour de Cassation (1); elle est revenue sur cette décision, et s'est prononcée pour l'application de la taxe de 2 %, en invoquant le défaut de personnalité des participations (2), qui cependant, nous semble-t-il, n'avait rien à voir avec cette question fiscale.

(1) Cass.-civ., 12 juill. 1842 (S., 42. 1. 596); Cass., 6 févr. 1867 (*Bull. des arr. de la Cour de cass.*, 1867, p. 49).

(2) Cass., 13 nov. 1872 (S. 73. 1. 41, D. P., 73. 1. 126); Seine, 22 avril 1876 (*Journ. enreg.*, n. 20.066, *Rép. pér. enreg.*, n. 4490); Décision de l'enregistrement belge, 20 janv. 1877 (*Journ. de l'enreg. belge*, n. 13.169); SCHICKS, *Dictionnaire des droits d'enregistrement*, v^o *Cession d'actions*, n. 5; NAQUET, *Traité des droits d'enregistrement*, t. II, n. 560; D. *Rép.*, Suppl., v^o *Enregistrement*, n. 898; GARNIER, *Répertoire général de l'enregistrement*, v^o *Société*, n. 309; WAHL, *Traité du régime fiscal des sociétés*, t. I, n. 741.

CHAPITRE IX

La participation au point de vue économique. — Ses utilisations.

La participation peut avoir toutes espèces d'objets licites; question relative à l'exploitation d'un journal.

Nous avons vu que l'article 48 du Code de commerce laissait entière la liberté des parties, en ce qui concerne l'objet des sociétés en participation; il faut que cet objet soit la production de bénéfices à partager entre les contractants, sans quoi le contrat ne serait pas une société; mais, quant aux opérations d'où l'on entend tirer ces bénéfices, aucune de celles que n'interdisent ni la loi ni les mœurs n'est fermée aux participations. Que ces opérations embrassent toute une branche de commerce ou d'industrie, ou qu'elles aient au contraire un caractère temporaire et limité, ceux qui les entreprennent ont un droit égal à laisser leur convention secrète entre eux : c'est un point qui, nous l'avons dit, est désormais constant, en doctrine et en jurisprudence (1).

Le seul genre d'industrie qui ait autrefois donné lieu à un débat sérieux est l'exploitation d'un journal : on a

(1) Cf. *suprà*, chap. 1.

soutenu que les lois sur la presse ne permettaient pas que cette exploitation fit l'objet d'une participation. Si un journal est mis en société, l'article 4 de la loi du 18 juillet 1828 exigeait que la société fût l'une de celles qui sont définies et régies par le Code de commerce; les participations sont bien reconnues par le Code de commerce; mais, disait-on, elles ne constituent pas un être moral qui puisse répondre de la publication du journal; elles ne peuvent, en conséquence, être considérées comme visées et acceptées par le texte de la loi sur la presse; il faut, dans un intérêt de police, une société en situation d'assumer ses responsabilités (1).

Ce raisonnement reposait sur une sorte d'abus de mots; la participation est sans existence, et, vis-à-vis des tiers qui auront à rechercher la responsabilité du journal, et vis-à-vis de l'autorité publique, qui est elle-même un tiers. Dès lors, quel inconvénient y a-t-il à ce qu'elle n'offre pas une personnalité à des gens qui n'ont pas à la connaître? Les responsabilités seront prises par un individu; pour le public, le journal sera exploité par un individu; de quel droit défendrait-on à cet individu d'avoir des bailleurs de fonds participant aux bénéfices et aux pertes de son entreprise et exerçant un contrôle sur sa gestion? Cette convention, qui n'intéresse que lui et eux, n'est de nature à porter préjudice à personne (2).

La question n'a, d'ailleurs, qu'un intérêt rétrospectif,

(1) Metz, 3 juill. 1850 (P., 50. 2. 611).

(2) ROLLAND DE VILLARGUES, *Code annoté des lois sur la presse*, p. 203; — Douai, 21 avril 1842 (P., 42. 1. 568); Paris. 9 mars 1843 (S., 43. 2. 273); Req., 8 juill. 1879 (S., 81. 1. 317).

car la disposition de l'article 4 de la loi du 18 juillet 1828 n'a pas été reproduite par la loi du 29 juillet 1881 : aucun texte ne spécifie maintenant quelles sociétés pourront exploiter un journal ; ce silence de la loi actuelle se prête encore moins que les termes de la loi ancienne à l'exclusion des participations.

Une difficulté analogue a été soulevée, concernant la propriété d'un navire ; elle a fini par être, à juste titre, résolue dans le même sens affirmatif. On disait : la société formée en vue de la propriété d'un navire ne peut pas être une participation ; ses membres sont nécessairement connus des tiers, par suite de l'inscription de leurs noms au dos de l'acte de francisation et sur le registre des douanes (1). C'est la confusion que nous venons déjà de repousser : si la société est une participation, son gérant sera officiellement seul propriétaire du navire ; son nom seul sera inscrit sur l'acte de francisation et sur le registre des douanes ; mais il aura avec des cointéressés occultes tels rapports qu'il lui conviendra (2).

L'objet des participations n'est pas toujours commercial : il arrive qu'elles se constituent pour l'achat et la revente d'immeubles, c'est-à-dire pour un objet civil ; leur validité en ce cas n'a jamais été contestée.

Usage normal de la participation.

Comment la pratique use-t-elle d'un instrument qu'elle peut employer en toute liberté ? La participation n'est

(1) DECHÉZELLE, *Associations en participation*, p. 34 ; Cass., 27 févr. 1877 (S. 77. 1. 209), et la note de M. Lyon-Caen.

(2) Cass., 27 févr. 1883 (S., 84. 1. 185) ; Caen, 8 juill. 1873 (D. P., 77. 5. 302).

pas vouée aux opérations purement temporaires; d'autre part, il est certain qu'elle n'est point appropriée aux vastes entreprises : son domaine est dans les affaires relativement modestes. En effet, elle augmente bien les ressources réelles de l'entreprise, puisque, sous une forme ou sous une autre, tous les participants y engagent des apports; mais elle n'en augmente pas le crédit, puisqu'il est de son essence de rester secrète et que le public croit n'avoir à faire qu'au gérant. Or le crédit n'est pas moins nécessaire au succès d'une affaire commerciale que l'existence même de ses moyens de vivre; aussi la participation est-elle destinée aux opérations qui ne dépassent pas de trop loin les forces d'un homme, exception faite, naturellement, du cas où les participants sont eux-mêmes des sociétés.

Ce domaine modeste pourrait, d'ailleurs, être très utilement exploité; la participation rendrait d'appréciables services au petit et au moyen commerce, s'ils la connaissaient mieux : elle leur faciliterait la recherche des capitaux, les pouvoirs de contrôle qu'elle confère au bailleur de fonds permettant à celui-ci de risquer son argent dans des conditions moins inquiétantes que celles d'un simple prêt, assorti ou non d'une convention de participation aux bénéfices; il contracte, il est vrai, l'obligation de supporter une part des pertes éventuelles; mais le droit du prêteur à être intégralement remboursé n'a guère, le plus souvent, qu'une valeur théorique, lorsque les affaires périclitent.

Il est des cas où la participation est si bien la combinaison la plus opportune qu'on a vu même des gens qui

l'ignoraient recourir à elle sans l'appeler par son nom. Un individu exerce un commerce depuis un temps assez long pour avoir une notoriété et un crédit personnels; les circonstances rendent ses ressources insuffisantes : il va intéresser des tiers à son entreprise, mais il désire que sa réputation commerciale, le renom de prospérité de sa maison ne soient pas ébranlés par la constitution publique d'une société qui lui succéderait. Ou bien un père de famille a placé dans l'affaire qu'il dirige toute la fortune du ménage; sa femme, commune en biens, décède : il est dans la nécessité de procéder au partage avec ses enfants, il n'aura plus à sa disposition les fonds suffisants. Les enfants, voulant éviter cette conséquence désastreuse, décident de laisser dans l'affaire l'héritage de leur mère : ils signent avec le père un traité par lequel ils deviennent ses associés; c'est un accord de famille; il n'est pas utile de le révéler au public, aux yeux duquel rien n'aura changé. Nous pensions à cette dernière hypothèse, en disant que parfois les intéressés formaient une participation sans le savoir : c'est ce qui s'était produit dans une espèce jugée par la Cour de Douai le 21 juin 1890 (1); le plus étrange est que la Cour n'a, pas plus que les contractants, discerné la véritable nature de la société qu'elle examinait : elle a traité comme une commandite irrégulièrement constituée une participation dont le caractère était des plus nets, et, partant de cette erreur, elle a admis une action directe des créanciers du père contre les fils, ses associés occultes.

(1) Sous Req., 28 mars 1892 (D. P., 92. 1. 265).

Cette ignorance de la pratique commerciale, partagée dans une certaine mesure par la pratique judiciaire, enlève à la participation une grande partie de son champ d'action normal. On l'ignore, ou on a d'elle une notion inexacte; aussi omet-on d'y recourir dans bien des cas où elle offrirait la solution la meilleure.

Usages illicites de la participation.

En revanche, la participation est trop fréquemment employée à masquer des combinaisons pour lesquelles elle n'est nullement faite : on lui sait gré de son caractère occulte, et on croit pouvoir se mettre derrière elle à l'abri de certaines prohibitions légales. Ainsi, il est arrivé que les producteurs de telle ou telle marchandise, dans une région plus ou moins étendue, réalisent, sous couleur de participation, un accord ayant pour objet véritable l'accaparement du produit en question et la fixation de cours artificiels; ils comptent alors sur le mutuel secret qu'ils se doivent pour éviter l'application de l'article 419 du Code pénal. De telles organisations, lorsqu'elles viennent à la connaissance de la justice, sont pénalement punissables et civilement annulables (1).

De même, nous avons vu que la participation était utilisée par des émetteurs d'actions désireux de s'affranchir des formalités imposées par la loi de 1867 : ils tombent, eux aussi, sous le coup de rigueurs pénales et civiles; mais un parti important dans la doctrine les

(1) Bordeaux, 2 janv. 1900 (D. P., 1901. 2. 150); Cass., 2 avr. 1851 (D. P., 54. 5. 119).

défend contre la sévérité de la jurisprudence (1), et une proposition de loi actuellement pendante tend à leur permettre formellement ce que, jusqu'à présent, les tribunaux leur interdisent (2).

La pratique, surtout la pratique un peu ancienne, a fourni des exemples de participations formées entre marchands qui chargeaient l'un d'eux d'acheter à une vente publique des choses faisant l'objet de leur commerce, pour se partager ensuite ces choses en nature (3). C'est une combinaison qui, en soi, n'est pas illicite; mais elle le devient, s'il apparaît qu'elle a eu pour but ou qu'elle devait avoir pour effet d'écarter la concurrence et de porter atteinte à la liberté des enchères : elle tombe alors sous le coup des dispositions de l'article 412, § 2, du Code pénal (4).

La convention de croupier.

Il est une convention, parfaitement licite et très courante, qui semble bien réunir tous les éléments fondamentaux de la société en participation : c'est la convention de croupier, lorsqu'elle ne porte que sur une fraction de la part sociale qui en fait l'objet. Elle est, nous l'avons vu, un contrat occulte : elle ne confère au croupier aucun droit opposable aux associés de son cédant; elle n'a d'effet qu'entre les deux parties qui l'ont conclue. Entre ces deux parties, l'opération a les caractères d'une

(1) Cf. *suprà*, chap. III.

(2) Cf. *infra*, chap. X.

(3) Cass., 4 déc. 1839 (S., 39. 1. 897).

(4) Cass., 15 mai 1857 (D. P., 57. 1. 313); Crim.-rej., 19 juin 1874 (D. P., 75. 1. 237).

vente, si c'est la totalité de sa part que l'associé a cédée à un tiers : il lui a vendu ses bénéfices à venir, et doit les lui transmettre à mesure qu'il les encaisse ; mais, si l'associé n'a cédé qu'une fraction de sa part, n'est-on pas en présence d'une véritable société ? Il y a des apports réciproques : le cessionnaire risque dans l'affaire la somme qu'il verse à son cédant, le cédant risque la valeur de la fraction qu'il conserve ; ainsi s'établit entre eux la coopération, qui est l'essence de la société, en vue de la production de bénéfices à partager (1).

Le croupier est recevable à contrôler, si c'est possible, et à critiquer, le cas échéant, la manière dont son cédant exerce, dans la société primitive, des droits qui tendent à la sauvegarde de leur intérêt commun ; mais, vis-à-vis de la société primitive elle-même, le croupier est sans aucune qualité qui lui permette de s'immiscer dans les comptes et de parvenir, directement ou indirectement, à en réclamer la revision. De ces comptes, établis en dehors du croupier, le cédant peut ressortir créancier de la société : le croupier sera alors, par voie de conséquence, créancier du cédant, et il agira soit contre lui, soit contre la société en employant l'action oblique de l'article 1166 du Code civil ; qu'il prenne l'un ou l'autre parti, il devra toujours attendre qu'un exercice définitivement apuré ait fixé un bénéfice net revenant à son cédant (2).

(1) Cf. Pic, *Sociétés commerciales*, t. I, n. 368 ; Aubry et Rau, t. IV, § 381, p. 558 ; Pardessus, n. 195 ; Laurent, t. XXVI, n. 337 ; Guillouard, n. 253 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 225, 226 ; Lyon-Caen et Renault, t. II, n. 253 et suiv. ; Houpin, t. I, n. 107 ; Arthuys, t. I, n. 222.

(2) Cf. arrêts de Cass., 8 juill. 1887, affaire de la participation Dreyfus-Premsel Société générale pour l'exploitation du guano (D. P., 1904. 5. 636).

La convention de croupier peut se superposer à un contrat de participation, comme à tout contrat de société : un participant forme avec un tiers une sous-participation, par laquelle il l'associe à ses droits dans la participation originaire (1).

Syndicats d'émission.

Il nous reste à signaler, comme emploi licite de la société en participation, une combinaison qui a pris dans la pratique financière une importance considérable et toujours grandissante : nous voulons parler des syndicats d'émission. Ils ont fait l'objet, au Congrès juridique international des sociétés par actions tenu à Bruxelles en 1910, d'un rapport de M. le professeur Thaller (2). Il n'y a rien à ajouter à ce travail, et les quelques indications qui vont suivre n'en sont que le résumé.

Lorsqu'une société par actions se fonde, ou lorsqu'une société déjà établie contracte un emprunt sous forme d'émission d'obligations, ladite société a intérêt à placer ses titres dans le plus bref délai possible ; elle a donc intérêt à ne pas s'adresser directement au public, dont elle subirait les hésitations. Elle s'adressera à un banquier qui souscrira l'émission en bloc, et qui écoulera ensuite les titres dans le public ; il s'efforcera de les vendre à un cours supérieur à celui de l'émission, et, s'il y

(1) Cf. les arrêts du 8 juillet 1887, cités à la note précédente.

(2) Documents du Congrès, t. II, p. 5 et suiv. ; Cf. Pic, note sous Paris, 12 déc. 1893 (D. P., 96. 2. 481) ; CHASSERIAU, *Des syndicats d'émission* (thèse 1898) ; HUPIN, *Tr. des Sociétés*, n. 451 ; Bruxelles, 27 févr. 1907 (*Ann. de Droit comm.*, 1908, p. 275).

parvient, la différence constituera son bénéfice. En fait, sauf de rares exceptions, ce rôle n'est pas joué par un banquier unique : le capital à risquer dans l'affaire est trop considérable, et la clientèle offerte à l'écoulement des titres ne serait pas assez étendue. C'est un groupe de banquiers qui opérera; on l'appelle un syndicat d'émission, il n'est pas autre chose qu'une société en participation.

Il y a un banquier, chef du syndicat, qui se met seul en rapports avec la société émetteuse : en apparence, il souscrit seul. En réalité, il s'est associé avec des confrères qui assument, à concurrence de fractions déterminées, la charge de la souscription : il répartit les titres entre eux, et ceux-ci les placent dans leurs clientèles respectives : chaque client n'a de relations qu'avec le participant qui lui vend le titre, avec son banquier habituel investi de sa confiance; il n'a pas à connaître l'association, pas plus que ne l'a connue la société émetteuse qui n'a eu à faire qu'au banquier-chef.

Deux situations sont possibles pour le banquier-chef, lorsqu'il répartit les titres après les avoir souscrits : ou bien il s'attribue une part à lui-même dans cette répartition; ou bien, au contraire, il répartit la totalité des titres, sans en conserver aucun. C'est ce second procédé qu'emploie, de façon continue, une importante maison appelée « Société centrale des banques de province » : divers banquiers ont formé entre eux une société par actions, qui remplit l'office de gérant dans une série de participations successives et éphémères. Elle soumissionne un stock de titres; puis elle constitue une partici-

pation, dont elle est le gérant, et dont les participants sont certains de ses actionnaires, entre lesquels elle répartit les titres, dans des proportions convenues, pour qu'ils en opèrent le placement. Si les offres de souscriptions faites par les participants atteignent un total dépassant le nombre des titres soumissionnés par la société gérante, celle-ci pratique la réduction proportionnelle. La participation est dissoute et liquidée, quand elle a terminé l'opération qu'elle avait à réaliser ; mais la société par actions lui survit, pour constituer, en vue d'autres opérations similaires, des participations nouvelles.

Quand le banquier-chef ne joue ainsi qu'un rôle de distributeur, il n'a pas, dans la liquidation de l'association en participation, les droits d'un associé : il n'a pas de part à prétendre sur les bénéfices ; et la question se pose alors de savoir quelle sera sa rémunération. A ce point de vue, une distinction est nécessaire : les relations juridiques entre le banquier gérant et les participants peuvent se présenter sous deux aspects différents. C'est toujours le banquier-chef qui soumissionne les titres ; mais il peut soit les soumissionner immédiatement pour le compte des participants qu'il a derrière lui, soit les soumissionner pour son compte personnel et les revendre ensuite aux participants : dans le premier cas, il est un commissionnaire ; dans le second cas, un vendeur de titres.

Dans le premier cas, le gérant se réservera un droit de commission de un ou deux pour cent sur le prix de souscription qui lui aura été fait par la société émetteuse ; il le prélèvera, à titre de frais généraux, sur le boni partageable au moment du règlement des comptes de la par-

ticipation. Chaque participant doit le couvrir, à première réquisition, du montant en espèces de la portion de titres qu'il s'est engagé à prendre; chaque participant devient propriétaire de son paquet de titres, et ces titres constituent son apport; il les apporte à la participation, sans d'ailleurs en perdre la propriété. Il en est propriétaire, même si le gérant les conserve entre ses mains, et cela est fréquent, car le gérant se charge généralement de veiller au soutien du cours, en disciplinant le mouvement de réalisation des titres: à mesure que les ventes s'effectuent au cours syndical que les participants sont tenus d'observer, il adresse à ceux-ci un nombre de certificats correspondant à leurs ventes respectives. Sa créance de remboursement contre les participants est garantie par le privilège du commissionnaire sur les certificats qui sont entre ses mains, aux termes de l'article 95 du Code de commerce, et il semble bien — quoique la question soit controversée — que la mutation des titres du gérant aux participants ne soit pas passible de l'impôt de dix centimes pour cent qui grève les opérations sur valeurs de Bourse, aux termes des lois de finances des 28 avril 1893 (art. 28 et suiv.) et 13 avril 1898 (art. 14), non plus que de l'obligation d'être portée sur un répertoire tenu à la communication de la Régie: il n'y a pas, en effet, trafic de valeurs, puisqu'il y a simplement réalisation d'un contrat de commission.

Si le banquier-chef achète pour son compte et revend ensuite aux participants, il trouvera son bénéfice en revendant à un cours supérieur au cours d'achat. Il revend, mais ne livre pas, ses acheteurs étant censés lui avoir

aussitôt retourné les titres pour en faire apport. Il se réserve ainsi, comme dans le système précédemment exposé, le rôle de régulateur des ventes opérées par les participants. Tant que les titres sont entre ses mains, il a sur eux un droit de rétention qui garantit le paiement que lui doivent les participants : ce n'est plus le privilège du commissionnaire, c'est le privilège du vendeur de meubles ; il faudrait une convention expresse pour constituer un nantissement commercial proprement dit.

Au cas où le banquier-chef opère en compte-courant avec les participants, l'effet novatoire du compte-courant lui fait perdre son privilège de commissionnaire ou de vendeur de meubles, à moins qu'une convention expresse n'ait reporté le bénéfice de cette garantie sur le solde du compte-courant.

Si l'opération réussit, chaque placement de titre comporte une prime, constituée par l'écart entre le prix auquel le participant a acheté le titre et le prix auquel il l'a vendu ; cette prime est l'objet d'une ventilation fixée par le contrat de participation : une part est attribuée au banquier qui a placé le titre, une part à l'association. Cette dernière part est répartie, lors du règlement définitif des comptes, entre tous les associés, au prorata du nombre de titres qui avait été souscrit par chacun d'eux. Si, au contraire, l'opération ne réussit pas, c'est-à-dire si les titres ne sont pas écoulés, au cours syndical, dans le temps prévu, ceux qui restent en souffrance sont distribués en nature entre les participants. Quant à la perte pécuniaire par où se solde l'entreprise, elle peut être réglée de deux façons, selon ce qu'aura décidé la convention des parties :

ou bien chaque adhérent répondra des pertes, d'après la différence entre le nombre de titres qu'il a souscrit et celui qu'il a écoulé ; ou bien ce sera au prorata du nombre de titres qu'il a souscrit, sans qu'il lui soit tenu compte des placements qu'il a pu effectuer dans sa clientèle.

Nous avons montré, au début de ces observations, quelle était l'utilité des syndicats d'émission ; quant à leur légitimité, elle ne saurait être sérieusement contestée : leur fonctionnement ne contrevient à aucun texte légal. Ils ne font, d'ailleurs, pas toujours du bien : ils permettent de tourner une des dispositions protectrices de la loi de 1867 ; le contrôle des actionnaires sur la légalité de la constitution d'une société est exercé par des preneurs de titres intérimaires, et non pas par les actionnaires définitifs. Cela est sans danger, lorsque le syndicat d'émission est sérieux et honnête ; quand il se fait l'instrument d'une réclame mensongère, il aggrave les périls courus par l'épargne. Il n'y a pas à cela de remède préventif, si ce n'est la crainte des sanctions civiles et pénales auxquelles s'exposent tous les auteurs et complices d'une émission frauduleuse. La définition légale, très large, du délit d'escroquerie (art. 405 du Code pénal) offre une arme contre la plupart des manœuvres qui entourent habituellement ce genre d'entreprises ; et ce texte est complété, si c'est nécessaire, par l'article 15 de la loi de 1867, qui assimile aux manœuvres le simple mensonge, et frappe des peines de l'escroquerie ceux qui, en publiant de mauvaise foi des faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements.

CHAPITRE X

La proposition de loi de M. Poulle. Les législations étrangères.

Nous avons indiqué dans ce travail ce qu'est actuellement, en droit français, la participation, ce qu'a fait d'elle la jurisprudence, développant les dispositions trop sommaires de notre Code de commerce. Nous avons vu qu'après d'assez longs tâtonnements elle était, en somme, parvenue à établir pour la participation un statut à peu près cohérent et complet et que, si la pratique voulait utiliser davantage ce genre de société, elle saurait maintenant où elle va.

Il nous reste à parler d'un projet de loi qui tend à introduire dans notre droit d'importantes modifications, et à donner un aperçu des législations étrangères.

I. — LA PROPOSITION DE M. POULLE

M. Poulle, sénateur de la Vienne, est l'auteur d'une thèse qui fait autorité sur les associations en participation; mieux informé que personne de l'insuffisance des textes législatifs, il a élaboré une proposition de loi portant modification des articles 47, 48, 49 et 50 du Code de commerce. Cette proposition, déposée sur le bureau du

Sénat dans le courant de l'année 1909, n'est pas encore venue en discussion. En voici le texte (1) :

« ART. 47. — La loi reconnaît les associations commerciales en participation.

« Les associations commerciales en participation sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, et elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêts et aux conditions convenues entre les participants.

« La participation est occulte, et elle n'est point révélée officiellement aux tiers.

« Elle n'est pas soumise aux mesures de publicité et aux formalités prescrites pour les autres sociétés. Elle ne comporte nécessairement ni capital social, ni raison sociale, ni domicile particulier. Chaque associé traite avec les tiers, en son nom personnel.

« Elle ne constitue pas une personne morale.

« ART. 48. — La participation peut être constatée par la représentation des livres, par la correspondance et par tous les moyens admis par la pratique commerciale.

« La preuve testimoniale est admise, si le tribunal juge qu'elle peut l'être, mais sans qu'il y ait jamais lieu de faire aucune distinction entre les tiers et les participants.

« ART. 49. — Chaque associé, dans ses rapports avec ses coassociés, est tenu d'exécuter ses engagements, conformément à ce qui a été décidé au moment de la formation de la société.

(1) Cf. Exposé des motifs, J. S., 1909, p. 141.

« Le participant qui n'a pas la gestion de la participation a le droit de demander communication écrite du bilan, et de vérifier son exactitude en compulsant les livres et papiers. Pour des motifs graves, les tribunaux peuvent, à la requête des participants, ordonner à tous moments la communication du bilan et d'autres renseignements, ainsi que la production des livres et papiers.

« Les participants peuvent convenir que leur mise leur donnera droit à des titres cessibles et négociables.

« Les tiers n'ont aucun droit de préférence sur les biens qui composent l'actif de l'association en participation.

« Les participants ne peuvent être tenus, en principe, ni solidairement, ni directement, à raison des engagements passés avec les tiers par le gérant, lors même que l'affaire entreprise aurait tourné au profit des participants inactifs. Les participants sont cependant tenus solidairement et directement, lorsqu'ils l'ont déclaré expressément, lorsque les négociations ont été conclues au nom de tous les associés, et par leur ordre, ou lorsqu'ils constituent un mandataire commun.

« Lorsque la faillite du participant gérant ou propriétaire du fonds de commerce est déclarée, les participants inactifs peuvent produire, en qualité de créanciers de la faillite, pour le montant de leur apport, autant que celui-ci dépasse la part de perte qui leur incombe. Si l'apport n'a pas été versé, le participant devra le remettre à la masse, jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour couvrir sa participation aux pertes.

« ART. 50. — Les règles indiquées par la loi et suivies

pour la dissolution des sociétés civiles s'appliquent aux associations commerciales en participation, en tant qu'elles ne sont pas contraires aux caractères constitutifs de la participation.

« Après la dissolution de l'association, la liquidation en est faite, en principe, par l'associé gérant. Dès quelle est terminée, il rend compte de ses résultats, en mettant sous les yeux des intéressés tous les documents et pièces à l'appui. »

Ce projet, s'il devenait la loi, serait tout autre chose que la consécration du droit existant, tel que l'a progressivement fixé la jurisprudence : la participation resterait bien une société de commerce sans personnalité morale; mais il ne serait plus essentiel qu'elle fût effectivement ignorée des tiers : elle ne leur serait pas révélée *officiellement*, dit le texte de M. Poulle; c'est donc qu'elle pourrait sans inconvénient leur être révélée officieusement. Rien ne subsisterait de la règle suivie par les tribunaux, d'après laquelle une participation qui se dévoile aux tiers perd son caractère et devient une société commerciale de droit commun. L'intention de M. Poulle est bien claire, car il ajoute que la participation ne comporte *nécessairement* ni capital social, ni raison sociale, ni domicile particulier : ces divers attributs ne lui seraient pas nécessaires, mais ils cesseraient d'être incompatibles avec elle.

Les tiers se trouveraient dans cette situation hybride qu'en droit ils n'auraient traité qu'avec un individu, alors qu'en fait ils sauraient traiter avec un groupe; ce ne serait pas sans danger pour eux, car, au moment de

conclure l'affaire, ils seraient toujours exposés à compter plus ou moins sur le crédit du groupe, et, au moment de la régler, ils n'auraient d'action que contre l'individu. C'est ce danger qu'écarte notre jurisprudence actuelle, en soumettant le participant qui s'est fait ou laissé connaître aux poursuites directes des tiers. M. Poulle est logiquement amené à écarter cette sanction, puisque, dans son système, le participant ne commet aucun manquement en se révélant; ce n'est plus le même genre d'exception qui serait apporté au principe que « les participants ne peuvent être tenus ni solidairement ni directement à raison des engagements passés par les tiers avec le gérant, lors même que l'affaire entreprise aurait tourné au profit des participants inactifs ». L'exception indiquée par M. Poulle relèverait d'un ordre d'idées très différent, et serait pratiquement beaucoup plus étendue : « Les participants, écrit-il, sont cependant tenus solidairement et directement, lorsqu'ils l'ont déclaré expressément, lorsque les négociations ont été conclues au nom de tous les associés et par leur ordre, ou lorsqu'ils constituent un mandataire commun. »

Ainsi, quand une des trois hypothèses ci-dessus spécifiées se réaliserait, les participants seraient à la fois connus des tiers et directement tenus envers eux : ils n'auraient plus d'avantage appréciable à n'avoir point adopté une des autres formes de sociétés commerciales; et les tiers souffriraient, eux, un double désavantage : ils n'auraient pas de droit de préférence sur les biens composant l'actif social, et ils ne seraient pas obligatoirement informés des clauses de l'acte de société par une publicité légale; ce

sont les deux seules conséquences qui persisteraient du défaut de personnalité des participations. Nous ne voyons pas à quels besoins pratiques celles-ci répondraient encore, dans de telles conditions.

Fidèle à sa doctrine de l'assimilation des participations aux autres formes de sociétés. M. Poulle voudrait inscrire dans la loi que « les participants peuvent convenir que leur mise leur donnera droit à des titres cessibles et négociables » ; c'est-à-dire que les participations pourraient être des sociétés par actions ; l'éminent sénateur est, d'ailleurs, de ceux qui soutiennent que, dès à présent, et dans l'état actuel des textes, cela leur est permis. Nous avons développé les raisons qui nous rangent à l'opinion contraire ; quant à autoriser, par voie de réforme législative, des participations par actions, ce serait pratiquer une large brèche dans l'organisation protectrice de la loi de 1867, puisque le caractère occulte des participations les soustrairait inévitablement aux formalités instituées par cette loi. Ce régime de faveur ne se justifierait, à notre avis, ni en droit ni en fait : ni en droit, parce que, comme nous l'avons expliqué, la libre transmissibilité de la part d'associé n'est juridiquement que l'exception, et non la règle ; ni en fait, parce que la loi de 1867 ne serait plus alors qu'une barrière illusoire, et qu'un peu d'artifice dans la rédaction des statuts permettrait à tous les lanceurs d'émissions suspectes de la tourner aisément (1).

Ainsi, sans méconnaître l'intérêt que présenterait une

(1) Cf. *suprà*, chap. III.

codification moins rudimentaire que celle du Code de commerce, nous souhaiterions la voir se tenir beaucoup plus près des directions données par notre jurisprudence que ne le fait le projet de M. Poulle; ces directions, inspirées par l'étude des espèces, nous semblent avoir dégagé, dans ses lignes essentielles, la forme de société occulte la mieux appropriée aux besoins de la pratique commerciale.

II. — LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Allemagne. — Les textes du Code de commerce allemand (livre II, titre V, articles 335 à 342) nous ont, plusieurs fois, au cours de cette étude, servi de points de comparaison avec les solutions du droit français; nous n'avons plus guère ici qu'à rassembler brièvement des indications fournies dans les précédents chapitres.

La « société tacite » (*stillgesellschaft*) du Code allemand est très voisine de notre participation; elle aussi est une société occulte, qui n'a d'existence et des conséquences qu'entre les associés; les tiers ne connaissent que l'associé gérant, n'ont de droits et d'obligations que vis-à-vis de lui.

La liberté des conventions n'est pas aussi complète que dans notre droit; l'« associé tacite » ne peut pas s'engager envers le gérant sur l'ensemble de ses biens; la loi rapproche sa situation de celle d'un commanditaire; il ne contribue jamais aux pertes au delà du montant de son apport payé ou en retard.

Contrairement à ce qui, en principe, se passe en

France, l'associé tacite aliène entre les mains du gérant la propriété de son apport. Il doit toujours avoir une part quelconque dans les gains ; mais il peut être affranchi de toute participation aux pertes, une sorte de contrat d'assurance de l'apport se superposant alors au contrat de société.

Il a, comme chez nous, un droit périodique à des redditions de comptes, à la communication des bilans annuels et des livres. La loi spécifie que la part de gain afférente à un exercice, une fois touchée, est définitivement acquise et ne peut être reprise à l'associé tacite en cas de pertes ultérieures ; toutefois, si son apport se trouve entamé par suite de perte, le gain de l'année est employé d'abord à couvrir cette perte.

La loi déclare que la mort de l'associé tacite n'est pas une cause de dissolution de la société, ce qui est naturel, puisque son rôle est limité à une commandite. La société dissoute, le « chef de l'entreprise », c'est-à-dire le gérant, a l'obligation de terminer les affaires en cours, de liquider les droits de l'associé tacite et de lui payer ce qui lui revient.

En cas de faillite du chef de l'entreprise, l'associé tacite sera créancier ou débiteur de la masse, selon qu'il lui sera dû une part de bénéfices ou qu'au contraire il aura une part de perte à supporter et n'aura pas encore versé l'intégralité de son apport. L'article 341 formule ces règles, qui s'imposent d'elles-mêmes et qui, en France, sont appliquées dans le silence des textes.

L'article 342 institue une sorte de période suspecte, analogue à celle dont le principe général est posé par les

articles 446 et 447 de notre Code de commerce : il dispose que « dans le cas où, en vertu d'une convention intervenue avant la faillite entre le chef de l'entreprise et l'associé tacite, celui-ci aurait reçu le remboursement total ou partiel de son apport ou aurait été déchargé de sa part dans les pertes, ce paiement ou cette décharge pourront être attaqués par le syndic de la faillite ». Peu importe que le paiement ou la décharge aient eu lieu ou non pour cause de dissolution de la société; mais ils échappent à l'action du syndic, « si la faillite résulte de circonstances qui se sont produites après la convention de remboursement ou de décharge ».

Suède. — En Suède, les participations sont, sous le nom de « sociétés simples », l'objet d'une réglementation légale complète; elles ne sont pas, comme en droit français, reléguées dans une sorte d'annexe un peu négligée; elles constituent une des deux grandes catégories entre lesquelles la loi du 28 juin 1895 divise les sociétés de commerce; sociétés commerciales proprement dites et sociétés simples (1).

La société simple est régie par les articles 45 à 55 de la loi; elle se distingue de la société commerciale en ce qu'elle n'a pas la personnalité civile et n'est pas, en conséquence, assujettie à la publicité, dont la formalité essentielle est l'inscription au registre de commerce. Une société simple peut, à la requête de ses membres, être

(1) Loi du 28 juin 1895 (*Ann. de législation étrangère*, t. XXV, p. 593 et suiv.)

inscrite au registre de commerce; dans ce cas, elle se transforme en une société commerciale.

La loi laisse à la convention des parties la liberté de déterminer les droits et obligations réciproques des associés; sauf stipulation contraire, l'un d'entre eux ne peut pas se substituer une autre personne sans le consentement de ses coassociés.

En ce qui concerne la gérance, celui ou ceux à qui elle a été confiée par l'acte de société ne peuvent être relevés de leurs fonctions, sans motif tel « qu'infidélité, négligence grave, incurie dans leur gestion, ou encore maladie prolongée, ou autre circonstance les rendant incapables d'administrer ».

Le pouvoir de contrôle des associés est consacré en termes très larges; ils ont le droit d'examiner les comptes et « en général de prendre connaissance de tout ce qui concerne la société », à tout moment, « à moins qu'il n'en doive évidemment résulter quelque obstacle au fonctionnement de la société ».

Dans le silence des statuts, le bénéfice ou la perte sont répartis par tête; si une répartition a été stipulée pour les bénéfices seulement ou pour les pertes seulement, elle doit être étendue de l'un à l'autre. Aussitôt après l'inventaire, chaque associé a le droit de recevoir sa part de bénéfice net. S'il n'a pas intégralement effectué son apport, on retiendra sur ce qui lui revient la somme nécessaire pour le compléter. Si, au contraire, l'apport est entièrement fait, un associé n'est jamais tenu de rien y ajouter à la requête de ses coassociés.

Lorsqu'un associé a fait, pour le compte commun, une

dépense nécessaire ou utile, il a contre ses coassociés une créance qui porte intérêts à 5 % du jour où elle est née. D'autre part, lorsqu'un associé a omis un versement qui lui incombait, ou lorsqu'il a encaissé et conservé une somme reçue pour le compte commun, sa dette porte également intérêts à 5 % du jour où aurait dû être opéré le versement ou le remboursement.

Une prescription d'une année éteint l'action en indemnité qui peut être dirigée par les associés contre un coassocié qui aurait commis une faute préjudiciable à la société; cette prescription part du jour où le plus prochain inventaire après la faute commise aura été tenu à la disposition des associés, ou du jour du partage s'il n'a plus été fait d'inventaire avant la dissolution de la société. Les réclamations contre un inventaire sont soumises à la même prescription d'une année, à dater du jour où l'inventaire aura été tenu à la disposition des associés.

Les diverses dispositions que nous venons d'indiquer ont une portée générale et s'appliquent aux sociétés commerciales comme aux sociétés simples. L'article 48 de la loi, spécial aux sociétés simples, déclare que, pour procéder à un acte d'administration, le consentement de tous les associés est exigé; exception est faite, toutefois, en ce qui concerne les actes qui ne souffrent point de retard; un associé a le droit de les effectuer, sans prendre préalablement l'avis des autres. Les statuts peuvent déroger à la règle de l'article 48; mais il ne doit jamais être passé outre à l'opposition d'un associé, s'il n'est pas exclu de l'administration.

Il n'est pas interdit à la société simple, comme il l'est

à la participation française, d'avoir « une dénomination désignant l'ensemble des associés » ; elle n'est donc pas essentiellement occulte ; mais son défaut de personnalité fait que les actes d'un associé sont sans répercussion directe sur la situation juridique des autres : accomplis même pour le compte commun, même sous la dénomination collective, ces actes ne créent de droits ou d'obligations qu'au profit ou à la charge de ceux qui y ont pris personnellement part. Si plusieurs associés ont figuré dans une convention, ils deviennent créanciers ou débiteurs à l'égard des tiers, par parts égales et par têtes, à moins qu'une stipulation contraire n'ait été insérée dans la convention.

Quand il est fait usage d'une « dénomination désignant l'ensemble des associés », cette dénomination ne doit comprendre aucun nom de personne, ni les mots : « Société de commerce » ; en cas de contravention à cette règle, les associés qui y auront donné leur assentiment seront solidairement tenus envers les tiers des obligations contractées pour le compte commun ; la sanction serait la même, si la dénomination comprenait les mots : « Société par actions » ou « association ».

Tout ce qui concerne la dissolution et la liquidation des sociétés simples est traité par référence aux articles de la loi visant la dissolution et la liquidation des sociétés commerciales proprement dites. Sauf stipulation contraire, lorsqu'une société a été formée sans durée déterminée, ou lorsque, formée pour un temps déterminé, elle aura été continuée au delà de ce temps sans convention expresse, ou lorsqu'elle aura été formée pour

la durée de la vie des associés, tout associé peut, à toute époque, dénoncer la société et lui faire prendre fin six mois après. Que la durée soit ou non déterminée, un associé peut toujours poursuivre la dissolution de la société, s'il invoque des causes suffisantes.

La société est dissoute par la mort d'un associé ; elle l'est aussi par la faillite d'un associé, et cela du jour de la publication de l'avis aux créanciers. Les statuts peuvent stipuler le contraire et décider que la société continuera entre les associés restants, après exclusion d'un associé ou de son ayant-droit ; mais la loi y met une condition que ne connaît pas la loi française ; la stipulation n'est valable que si les associés ont arrêté les bases du rachat de la part de celui qui se retire ou de son ayant-droit. Même si cette condition est remplie, la portée de la clause dérogatoire à la loi est gravement réduite dans le cas de faillite : elle n'est pas opposable à la masse des créanciers de l'associé failli.

Le texte prévoit le cas où, après la dissolution de la société, un associé, qui n'en serait pas encore informé, ferait un acte d'administration : cet acte serait valable au regard des autres associés, et produirait les mêmes effets que si la société n'était pas dissoute.

Tous les associés ont, sauf stipulation contraire, le droit de prendre part à la liquidation, en personne ou par mandataire ; si un associé est décédé laissant plusieurs héritiers, ceux-ci devront être représentés à la liquidation par un seul d'entre eux ou par un mandataire commun. Aussitôt la société dissoute, l'actif est converti en argent « dès qu'il se pourra faire sans dommage évi-

dent »; les biens sociaux ne peuvent être aliénés que par vente aux enchères publiques, à moins que l'unanimité des associés ne consente à ce qu'il en soit autrement. Le passif connu est d'abord entièrement soldé; puis, sur l'actif net, chacun des associés reprend son apport, ou fraction de son apport si l'actif net est insuffisant. Si, les apports repris, il reste un excédent, il est partagé conformément aux règles qui présidaient aux répartitions annuelles de bénéfices. Toute réclamation contre le partage ou contre des actes de la liquidation se prescrit par une année, du jour du partage.

Norvège. — Les sociétés de commerce sont régies, en Norvège, par une loi du 17 mai 1890 : cette loi reconnaît des « sociétés tacites », qui se rapprochent beaucoup de nos participations françaises; elles sont très employées dans la pratique, et sont, surtout depuis quelques années, notablement plus en faveur que les sociétés en commandite (1).

Une société en commandite doit, en principe, être inscrite au registre de commerce; mais cette règle n'a pas le caractère impératif des règles de publicité du droit français : il arrive que des sociétés en commandite ne soient pas déclarées au registre de commerce; cela n'entraîne ni leur nullité ni des sanctions pénales ou civiles contre leurs membres. Elles occupent une situation intermédiaire, qui se traduit par une différence dans la rédaction de leur firme. Tout commerçant — que ce soit un

(1) Cf. *Lois commerciales de l'Univers*, t. XXIII, p. 95.

particulier ou une société — est assujetti à l'obligation de déclarer, pour inscription au registre de commerce, le nom sous lequel il exerce ses affaires : c'est le nom ainsi déposé par lui qu'on appelle sa firme. Quand une société en commandite fait une déclaration régulière, sa firme comprend le nom d'un ou de plusieurs associés à responsabilité entière avec une mention exprimant qu'il s'agit, suivant les cas, d'une société en commandite simple ou d'une société en commandite par actions. Si, au contraire, une société en commandite n'est pas déclarée comme telle, sa firme sera constituée soit par le nom d'un associé, sans aucune indication de l'existence d'une société, soit par le nom d'un ou plusieurs associés, avec une mention indiquant qu'il y a une société, mais ne spécifiant pas que c'est une commandite : ce sera une firme semblable soit à celle d'un particulier, soit à celle d'une société en nom collectif. Cette publicité inexacte n'empêchera pas, d'ailleurs, la société d'être en tout traitée comme une commandite régulièrement inscrite.

La déclaration, facultative pour les commandites, est impossible pour les sociétés tacites : leur firme comprendra le nom du gérant — que le droit norvégien appelle le « complémentaire » — ou des gérants, mais ne devra ni nommer les associés tacites ni faire allusion à leur existence ; car ils restent ignorés des tiers, comme les participants du droit français.

L'associé tacite ne connaît que le complémentaire, qui lui rend des comptes et lui remet, sur chaque exercice, sa part des bénéfices nets. La seule différence notable avec notre participation est que les associés tacites, au

lieu de conserver, sauf stipulation contraire, la propriété de leurs apports respectifs, la transfèrent nécessairement au complémentaire. Comme en France, la société tacite peut être formée entre sociétés aussi bien qu'entre individus.

Pays-Bas. — Le Code de commerce néerlandais, promulgué le 1^{er} octobre 1838, traite des « Associations commerciales en participation » dans ses articles 57 et 58, en termes sommaires et analogues à ceux des articles 47 à 50 du Code de commerce français. Il indique cependant (art. 58) que « ces associations sont relatives à une ou plusieurs entreprises de commerce spéciales ou déterminées » ; il admet donc, quant à l'objet des sociétés occultes, la limitation qui est désormais repoussée par la jurisprudence française (1).

Belgique. — La législation belge offre cet intérêt qu'après s'être confondue avec la nôtre elle en a précisé les définitions trop vagues. Le Code de commerce français, lors de sa promulgation, s'appliquait au territoire belge; et, dans son ensemble, il y est resté en vigueur. Mais les sociétés commerciales ont fait l'objet d'une loi du 18 mai 1873, qui a, notamment, tranché de façon expresse la question du caractère distinctif des participations. La controverse était la même qu'en France : on se demandait si l'essence de la participation était de demeurer occulte ou de n'être conclue que momentanément, en vue d'opérations déterminées. Un parti impor-

(1) *Lois commerciales de l'Univers*, t. XXVIII, p. 44.

tant, dans la doctrine, invoquait à l'appui de la seconde opinion l'autorité des travaux préparatoires du Code (1), et la jurisprudence penchait généralement de ce côté (2).

Cependant, l'impossibilité apparaissait d'astreindre aux formalités de publicité les sociétés dont l'existence ne devait pas être connue des tiers ; et, d'autre part, il n'y avait aucune raison de les considérer comme illicites ; l'ancien droit ne les avait jamais proscrites. Aussi la doctrine se rallia-t-elle en majorité au criterium tiré du caractère occulte de la société, et la jurisprudence, après avoir longtemps résisté, finit par la suivre (3).

Mais la loi du 18 mai 1873 est intervenue, et a mis tout le monde d'accord, en reconnaissant et en définissant, l'un à côté de l'autre, deux types de sociétés également exempts des règles de la publicité : l'association momentanée et l'association en participation. — *Article 108* : « L'association momentanée est celle qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées ; les associés sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils ont traité. » — *Article 109* : « L'association en participation est celle par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans des opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom. »

L'association momentanée doit réunir deux caractères

(1) Locré, t. XVII, 14, p. 309; *ibid.*, 11, p. 259; *ibid.*, 19; *ibid.*, 20, p. 361.

(2) Bruxelles, 3 mai 1823, 4 mai 1826 (*Pasic. belge*, à leurs dates); *Id.*, 24 mars 1849 (*Pasic.*, 49. 2. 237); *Id.*, 26 oct. 1858 (*Pasic. belge*, 58. 2. 429); *Id.*, 12 janv. 1860 (*Pasic.*, 60. 2. 273.)

(3) Bruxelles, 15 févr. 1861 (*Pasic.*, 61. 2. 106), décision maintenue par la Cour suprême, arrêt du 29 nov. 1861 (*Pasic.*, 62. 1. 85).

essentiels : la limitation des opérations et l'absence de raison sociale. Si l'une des deux conditions seulement est réalisée, la société n'est pas une association momentanée au sens de la loi ; elle est astreinte aux exigences de la publicité. Il en est ainsi au cas où les associés, sans adopter de raison sociale, se sont réunis en vue d'un négoce comportant une succession indéfinie d'actes commerciaux ; il en est de même lorsque, à l'inverse, les associés, traitant des opérations limitées, ont pris une raison sociale.

L'association momentanée est donc dans cet état intermédiaire qu'elle est connue des tiers, sans leur être officiellement révélée par une publicité légale. Chaque associé traite personnellement et directement avec les tiers. Mais ceux-ci connaissent l'existence du groupe, et tous les associés sont engagés solidairement par les actes de l'un d'eux.

Quant à l'association en participation, c'est celle du droit français, telle que sont parvenues à la définir notre doctrine et notre jurisprudence (1).

Angleterre. — Il n'y a pas, en Angleterre, de sociétés entièrement occultes, analogues à nos participations ; mais, dans toute société, il peut y avoir des associés secrets, *sleeping partners* (« associés dormeurs »). Leur qualité est ignorée du public ; on est admis à la prouver par tous les moyens, même par témoins, lorsque la société

(1) GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, t. III, p. 182 et suiv. : dissertation de M. Pirmez, rapporteur de la loi du 18 mai 1873.

est mise en faillite. Il est, d'ailleurs, de règle générale, dans le droit anglais, d'admettre en toute matière la preuve testimoniale.

Les *sleeping partners* ont été très nombreux, jusqu'à la loi du 20 août 1867; jusqu'alors, en effet, il n'existait pas de sociétés à responsabilité limitée : tout associé de toute société était tenu personnellement et solidairement des dettes sociales. Aussi la plupart des sociétés avaient-elles des membres qui désiraient dissimuler leur qualité, pour échapper à cette responsabilité illimitée. Aucune espèce de formalité de publicité ou d'enregistrement n'était, d'ailleurs, organisée.

Les sociétés par actions existaient, mais elles n'étaient pas de droit commun; elles ne pouvaient se constituer que moyennant l'autorisation d'un acte du Parlement. Quant à la société en commandite, elle a été entièrement ignorée jusqu'à la loi de 1867.

Il existe actuellement — et cela depuis la loi du 7 août 1862 — deux formalités : l'incorporation, imposée à tout groupement commercial de plus de vingt personnes, et l'enregistrement, nécessaire pour qu'une société constitue une personne morale.

Des groupements fréquemment utilisés en matière d'assurances et qu'on appelle des « Lloyds », ont une certaine analogie avec la participation, en ce sens qu'ils ne sont jamais des personnes morales : tels ou tels membres du groupe se réunissent pour assurer un risque déterminé; mais le fait n'a rien d'occulte, et il n'y a pas un gérant qui les masque; au contraire, en cas de difficulté, ils devront tous être nommément assignés.

Espagne. — Le Code de commerce espagnol, promulgué le 22 août 1885, réglemente dans ses articles 239 à 243 les « comptes en participation » ; ces textes, plus développés que ceux de notre Code de commerce, donnent une définition semblable à celle qu'a dégagée la jurisprudence française. L'article 243 confie impérativement au gérant le soin de liquider la société, lorsqu'elle arrive à expiration.

Portugal. — De même, le Code de commerce portugais de 1888, dans ses articles 224 à 229, traite de « comptes en participation », qui sont la même chose que les participations françaises.

Italie. — Le Code de commerce italien de 1882, dans ses articles 233 et suivants, consacre lui aussi des associations en participation qui se rapprochent des nôtres (1). Toutefois, en ce qui concerne la propriété des apports, l'article 236 établit une présomption inverse de celle de notre droit : en l'absence d'une stipulation contraire, la propriété des apports passe aux mains du gérant.

Il y a une différence plus grave : la participation est bien dépourvue de la personnalité morale ; elle ne crée aucun rapport direct entre les participants et les tiers ; mais elle n'a pas essentiellement le caractère occulte : son existence peut être portée à la connaissance du public, sans qu'elle perde sa nature et devienne une société de droit commun. En outre, si l'association n'est astreinte à

(1) VIVANTE, *Droit commercial italien*, t. II, n. 820 à 838.

aucune publicité, elle ne peut néanmoins être prouvée que par écrit.

Suisse. — En Suisse, le Code fédéral des obligations de 1883, dans ses articles 524 à 551, réglemente les sociétés simples, qui sont des sociétés dépourvues de personnalité morale (1). Une société n'acquiert la personnalité que par l'inscription au registre du commerce; et une société inscrite n'est pas, par définition, une société simple. Comme pour les participations françaises, la rédaction d'un acte écrit n'est pas nécessaire.

Aux termes de l'article 527, les apports doivent, sauf convention contraire, être égaux et de telles nature et importance que l'exige le but de la société. L'article 542 spécifie qu'aucun associé ne peut introduire un tiers dans la société sans le consentement des autres associés, ce qui exclut formellement le droit de représenter les parts sociales par des titres négociables.

Lorsque la volonté sociale doit se manifester, l'article 532 indique que les décisions ne peuvent être prises que du consentement de tous les associés; le contrat peut écarter cette règle : la majorité qu'il prévoit se compte alors par têtes, sans qu'il soit tenu compte de la valeur respective des apports.

La société n'est pas nécessairement occulte : le gérant peut avoir le pouvoir de traiter au nom des associés; s'il use de ce pouvoir sans le dépasser, il engage valablement les associés. En principe, d'ailleurs, et sauf stipulation

(1) ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligat.*, p. 616, n. 710 et suiv.

contraire, il n'engage que lui-même. Quand les associés sont engagés, ils le sont solidairement, à moins que le contrat n'en dispose autrement (art. 544, al. 3.).

Quant aux apports et aux biens acquis pour le compte social, le régime présumé par la loi, dans le silence des conventions, est celui de la copropriété indivise (art. 544, al. 1).

Hongrie. — Le Code de commerce hongrois, du 19 mai 1875, dans son article 62, définit assez sommairement la société en participation; comme dans les codes italien et suisse, c'est une société dépourvue de personnalité, mais qui, quoique le plus souvent occulte, peut être révélée au public sans perdre son caractère; si le gérant a traité au nom des associés, ceux-ci deviennent solidairement créanciers ou débiteurs.

Roumanie. — Dans le Code de commerce roumain du 1^{er} septembre 1887, les articles 251 à 256 sont consacrés aux associations en participation, qui sont des sociétés sans publicité et sans personnalité; sauf stipulation contraire, les apports deviennent la propriété du gérant.

Amérique du Sud et Amérique Centrale. — Le Code de commerce chilien, promulgué le 23 novembre 1865, réglemente, dans ses articles 507 à 511, des associations en participation semblables à celles du droit français (1).

De même, les articles 47 à 50 du Code de commerce de la République Dominicaine sont la reproduction textuelle

(1) *Lois commerciales de l'Univers*, t. VI. p. 54.

des articles correspondants du Code de commerce français (Code de commerce du 5 juin 1884) (1).

Ce sont aussi des participations tout à fait analogues aux participations françaises que réglemente, dans ses articles 194 à 197, le Code de commerce du Nicaragua, du 12 mars 1869. L'article 194 apporte une restriction à la liberté de la preuve : il n'admet pas que le contrat de société en participation soit prouvé par témoins, s'il porte sur une valeur supérieure à deux cent cinquante pesos. D'autre part, l'action oblique ne paraît pas exister, car l'article 196 déclare que les participants ne peuvent actionner un tiers qui a traité avec le gérant que si ce dernier leur a formellement cédé ses droits (2).

Le Code de commerce de San Salvador, du 5 juillet 1904, traite également les « comptes en participation », dans ses articles 331 à 336, de la même façon que le droit français (3).

(1) *Lois Commerciales de l'Univers*, t. XII, p. 15.

(2) *Ibid.*, t. XII, p. 50.

(3) *Ibid.*, t. XII, p. 112.

VU :

Le Président de la Thèse,
E. THALLER.

VU :

Le Doyen,
P. CAUWES.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE

CHAPITRE PREMIER

Définition et caractères distinctifs de la société en participation.

	Pages
Les articles 47 à 50 du Code de commerce.....	1
Longues hésitations de la jurisprudence sur les caractères distinctifs de la société en participation.....	2
L'arrêt de la Cour de Cassation du 24 mars 1876.....	6
Mécanisme et avantages de la société en participation.....	7
La propriété des apports.....	9
Participation aux bénéfices et aux pertes.....	11
L'affectio societatis.....	12
Capacité des contractants, validité de leur consentement, objet licite. La participation entre époux est nulle.....	12
Absence de raison sociale, de siège social, de fonds social ...	13
L'existence et les clauses du contrat de société se prouvent par tous les moyens.....	17
La société en participation et la faillite.....	18

CHAPITRE II

La participation est une société.

Intérêts pratiques de la distinction entre la société en participation et le prêt.....	24
Recherche d'un critérium de distinction.....	26
A) La doctrine (Systèmes de MM. THALLER et RIPERT).....	26
B) La Jurisprudence.....	34

CHAPITRE III

La participation employée comme instrument de fraude contre les dispositions de la loi du 24 juillet 1867.

La fraude.....	42
Sévérité de la jurisprudence.....	44
Controverse doctrinale.....	45
Défense du système de la jurisprudence.....	46
Question semblable, relative aux sociétés civiles.....	51
Conséquences pénales et civiles de la fraude.....	52

CHAPITRE IV

Rapports des associés avec les tiers. Révélée aux tiers, la participation perd son caractère et devient une société de droit commun.

L'existence de la participation révélée aux tiers : conséquences pour les participants.....	54
Il faut que les tiers aient connu l'existence de la société : 1° avant de traiter avec le gérant; 2° par la faute du participant.....	56
Comparaison entre la situation du participant et celle du com- manditaire.....	56
La jurisprudence.....	57
Conséquences du fait qu'une opération a profité au partici- pant.....	58
Relations normales des associés avec les tiers.....	59

CHAPITRE V

Rapports des associés entre eux.

Dispositions du Code de commerce allemand.....	60
Silence du Code de commerce français : liberté des contrac- tants.....	61
Proportions d'intérêt.....	62
Limitation de la règle « res perit domino ».....	64
Pouvoirs des associés.....	65
Règlements de comptes.....	67

Sûretés pouvant garantir les créances des associés.....	69
Droits des participants en cas de faillite du gérant.....	71
Nature du droit de l'associé.....	72
Transmission des parts sociales.....	74

CHAPITRE VI

Administration de la société. Le gérant.

Qui peut être gérant.....	79
Nomination et révocation du gérant.....	80
Pouvoirs du gérant.....	82
Question du cours des intérêts.....	83
Le gérant, banquier des participants.....	84

CHAPITRE VII

Dissolution et liquidation de la société en participation.

I. Dissolution.....	
Dissolution résultant de la loi ou des statuts.....	87
Dissolution anticipée.....	89
II. Liquidation.....	
Absence d'une personnalité sociale pouvant survivre à la dissolution.....	91
Concours des créanciers.....	93
Application de l'article 575 du Code de commerce, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du gérant.....	94

CHAPITRE VIII

Questions fiscales.

Impôt de 4 % sur le revenu des valeurs mobilières.....	96
Droit d'enregistrement de 0,20 %.....	98
Droit proportionnel de 2 % sur les transmissions de propriétés mobilières.....	100

CHAPITRE IX

La participation au point de vue économique. Ses utilisations.

La participation peut avoir toutes espèces d'objets licites ; question relative à l'exploitation d'un journal.....	102
Usage normal de la participation.....	104
Usages illicites de la participation.....	107
La convention de croupier.....	108
Syndicats d'émission.....	110

CHAPITRE X

La proposition de loi de M. Poulle. Les législations étrangères.

I. La proposition de M. Poulle.....	116
II. Législations étrangères.....	
Allemagne.....	122
Suède.....	124
Norvège.....	129
Pays-Bas, Belgique.....	131
Angleterre.....	133
Espagne, Portugal, Italie.....	135
Suisse.....	136
Hongrie, Roumanie, Amérique du Sud et Amérique Cen- trale.....	137

